

MÀSTER DE L'ADVOCACIA

RESOLUCIÓ D'UN CAS PRÀCTIC



HIPOTECA MULTIDIVISA

Dictamen jurídic

ARNAU GUIX I SANTANDREU

TUTOR: DR. JAUME GONZÁLEZ I CALVET

UAB

Universitat Autònoma de Barcelona

DESEMBRE 2017

MÀSTER DE L'ADVOCACIA

Dictamen jurídic

ÍNDEX

I. ANTECEDENTS DE FET	2
II. FONAMENTS DE DRET	2
1. Dret Civil i Processal	2
1.1. Marc conceptual	2
1.2. Consumidors i consentiment viciat	5
1.3. Coneixements financers i normativa MiFID	12
1.4. Transparència i clàusules abusives	17
1.5. Nul·litat del clausulat multidivisa	19
1.6. Accions legals	24
1.7. Dació en pagament de l'habitatge	31
2. Torn d'Ofici	33
3. Dret Penal	36
III. REFERÈNCIES	39
1. Legislació	39
2. Bibliografia	41

MÀSTER DE L'ADVOCACIA

Dictamen jurídic

I. ANTECEDENTS DE FET

El 3 d'agost del 2001, el matrimoni format per la Sra. Victoria Eguidazu i el Sr. Benigno Coarasa adquirí el seu habitatge habitual, situat al carrer del Percebe núm. 43 de Sabadell, mitjançant un préstec hipotecari subscrit amb l'entitat Banco Oza de Inversiones S.A. Posteriorment, a causa de les dificultats econòmiques que comportà la crisi iniciada l'any 2007, els Srs. Coarasa-Eguidazu no podien pagar les quotes mensuals del préstec, i el Banco de Ansó S.A. els oferí el que semblava un *producte ideal* per a refinançar el deute: una hipoteca multidivisa, referenciada en iens nipons, a retornar en vint anys i a un tipus d'interès del Líbor més un punt percentual. Contents de la nova elecció, el matrimoni va cancel·lar el préstec hipotecari anterior, després d'haver formalitzat l'escriptura pública del nou negoci jurídic el juny del 2008, que els endeutava per 320.000 euros, o més ben dit, 53.846.736 iens nipons.

Les quotes mensuals que havien de pagar, al principi, eren més baixes en comparació a si haguessin subscrit un préstec hipotecari convencional, però al cap d'uns mesos la situació canvià radicalment, perquè el tipus de canvi euro-iien oscil·là cap a una direcció desfavorable. Des del desembre del 2009, només podien pagar parcialment les quotes. El responsable de l'entitat financera considerà que en el mig termini la situació del tipus de canvi s'invertiria, i per a pal·liar els efectes nocius que estaven patint proposà als Srs. Coarasa-Eguidazu de contractar un segon préstec hipotecari, per valor de 60.000 euros. Aquest fou subscrit el març del 2010, i l'avalà el fill del matrimoni, Javier, però la seva quantia fou totalment esgotada per a fer front als desequilibris de la cotització euro-iien, sense cap èxit. El banc comunicà al matrimoni el venciment del préstec multidivisa, per telegrama, el gener del 2016, indicant que ascendia a 480.386,30 euros. Posteriorment, el Banco de Ansó transferí el dret real de les dues hipoteques a la societat Creditum S.A., i el matrimoni encara s'esforça a pagar les quotes del segon crèdit, per a evitar que s'executi la fiança.

II. FONAMENTS DE DRET

1. DRET CIVIL I PROCESSAL

1.1. Marc conceptual

Una *hipoteca multidivisa* és un préstec amb garantia hipotecària, a interès variable, en el que la moneda en què es referencia el lliurament del capital i les quotes periòdiques d'amortització és una divisa estrangera, entre vàries possibles a elecció del prestatari, i en què l'índex de referència sobre el que s'aplica el diferencial per a determinar el tipus d'interès aplicable en cada període sol ser diferent de l'Euríbor, en concret acostuma a ser el Líbor (*London Interbank Offered Rate*, la taxa d'interès interbancària del mercat de Londres).

El Líbor proporciona un indicador del tipus d'interès anual al qual les entitats bancàries que operen en el mercat de Londres es presten diners, per un període de temps determinat, i per una divisa específica. Cada dia les dades són actualitzades. Es calcula un valor mitjà de les xifres proporcionades per entre 11 i 17 bancs registrats, i excloent-ne els valors extrems (els 25% majors i els 25% menors). Actualment, el Líbor es presenta en cinc monedes diferents (lliura esterlina, euro,

franc suís, dòlar estatunidenc i ien japonès), i en 15 períodes de temps diferents, que van des del mateix dia fins a 12 mesos. A nivell funcional, el Líbor és un índex àmpliament reconegut dels tipus d'interès globals, i s'utilitza en nombrosos préstecs, ja siguin hipoteques per a finançar la compra d'habitatges o crèdits per a cursar estudis universitaris, i també en contractes de futurs i opcions. És un *baròmetre* de la salut del sistema financer, i permet identificar les expectatives dels mercats, davant de possibles variacions dels tipus d'interès establerts pels bancs centrals¹.

Troband-nos a dins de la Unió Europea (UE), en canvi, resulta molt més conegut l'anomenat Euríbor, que també mesura el tipus d'interès al qual una selecció de bancs de la UE es presten diners entre ells, i té utilitats semblants. En aquest cas, igualment s'exclouen els valors extrems (els 15% majors i els 15% menors) i es tenen en compte varis períodes de temps (vuit, concretament), però hi ha una diferència fonamental: l'Euríbor només té en compte préstecs interbancaris duts a terme en euros, i el Líbor, en canvi, presenta els tipus d'interès en relació a cinc divises diferents, entre les quals hi ha l'euro². El passat dia 4 de desembre del 2017, l'Euríbor a tres mesos es trobava a -0.326%³, mentre que el Líbor referenciat al ien nipó, també trimestral, era a -0.02683%⁴.

Tal i com ha exposat el Tribunal Suprem a la seva jurisprudència, l'atractiu de les hipoteques multidivisa radica en utilitzar com a referència una divisa d'un país en el que els tipus d'interès són més baixos que els dels països que tenen com a moneda l'euro, juntament amb la possibilitat de canviar de moneda si la presa com a referència altera la seva relació amb l'euro en perjudici del prestatari. Les divises en les que amb més freqüència s'han concertat aquests instruments financers són el ien japonès i el franc suís (STS 323/2015, de 30 de juny, Sala 1^a, Rec. 2780/2013). Quan el matrimoni Coarasa-Eguidazu subscrigué el préstec hipotecari multidivisa, el Líbor es trobava a un nivell molt més atractiu que no pas l'Euríbor. La doctrina judicial, en alguns casos, ha qualificat aquestes operacions multidivisa com una permuta, ja que l'entitat bancària lliura euros i el client retorna divises estrangeres (SAP Burgos 434/2017, de 14 de setembre, Sec. 3^a, Rec. 237/2017).

A nivell de **risks** del citat instrument financer, aquests són més elevats que en un préstec hipotecari a interès variable sol·licitat en euros, ja que a més del mencionat risc del tipus d'interès variable (el Líbor, en el present cas), s'afegeix el risc de fluctuació de la moneda, que pot provocar que la quota d'amortització periòdica, que comprèn tant el retorn del capital com el pagament dels interessos, s'incrementi en funció de si la divisa escollida s'aprecia davant de l'euro. És el que succeí en el cas dels Srs. Coarasa-Eguidazu, com es pot observar en el gràfic de la pàgina següent, que il·lustra l'evolució de la cotització *euro-ien*, des del dia de la contractació del primer préstec hipotecari.

En altres paraules, si l'euro s'aprecia en relació al ien o el franc suís (per ser les monedes més usuals en aquest tipus d'operacions), o el ien o el franc suís es deprecien en relació a l'euro, l'import en euros del préstec a retornar serà menor, i si s'aprecien, major. Així, la fluctuació de la divisa suposa un recàlcul constant del capital prestat, ja que la quota és *constant*. Si a través dels anys la divisa s'ha apreciat davant de l'euro, el prestatari estarà obligat a retornar al prestamista un capital en euros major que el que li va ser lliurat en el moment de concertar el préstec (SAP Toledo 520/2017, de 27 de setembre, Sec. 2^a, Rec. 293/2016).

¹ INTERCONTINENTAL EXCHANGE, Inc. (2017): *Calculating ICE Libor*. En línia (última consulta, 5/12/2017): <https://www.theice.com/iba/libor>

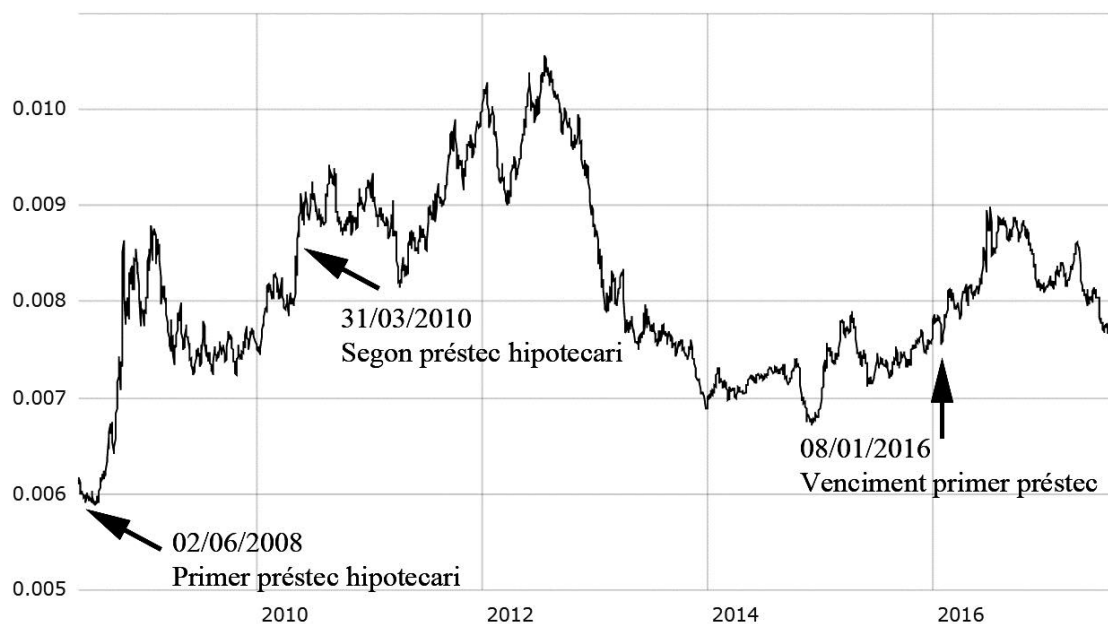
² EURIBOR RATES (2017): *What is Euribor?*. En línia (última consulta, 5/12/2017): <http://www.euribor-rates.eu/what-is-euribor.asp>

³ EURIBOR RATES (2017): *Current Euribor rates*. En línia (última consulta, 5/12/2017): <http://www.euribor-rates.eu/current-euribor-rates.asp>

⁴ GLOBAL RATES (2017): *Current Libor rates*. En línia (última consulta, 5/12/2017): <http://www.global-rates.com/interest-rates/libor/libor.aspx>

Inclús, és possible que tot i que el prestatari va pagant progressivament les quotes, aquest observa amb absoluta estupefacció com el saldo deutor continua creixent de forma imparable i persistent al llarg del temps (SAP València 403/2017, de 26 de juny, Sec. 9^a, Rec. 375/2017). En una operació que pretén **durar més de vint anys**, s'assumeix que les quotes poden tenir èpoques més favorables i d'altres de menys, però en cap moment les persones que van adquirir aquests productes financers haguessin previst que la fluctuació anés en el sentit desfavorable durant una dècada (SAP Burgos 434/2017, de 14 de setembre, Sec. 3^a, Rec. 237/2017). Les quotes mensuals equivalen a la representació mental que es fa el prestatari sobre l'adequació entre els recursos disponibles i l'obligació de pagament que pot assumir (SAP Barcelona 390/2015, de 18 de setembre, Sec. 1^a, Rec. 61/2014), de manera que aquí es fa palesa la manca d'informació proporcionada per les entitats bancàries als seus clients.

En el cas ibèric, en el qual la crisi del sector immobiliari va provocar una caiguda del preu de l'habitatge molt dràstica des de l'any 2008, l'apreciació del ien japonès respecte de l'euro durant aquest període, i a la inversa, la contractació d'aquests productes financers quan l'euro es trobava excessivament apreciat (SAP Las Palmas 261/2017, de 30 de juny, Sec. 5^a, Rec. 196/2015), encara generà una desproporció major entre el valor de l'immoble finançat mitjançant les hipoteques multidivisa i el deute que s'havia de retornar a l'entitat bancària corresponent. Alguns dels consumidors que van contractar aquestes hipoteques ho van fer amb l'esperança de trobar un negoci jurídic menys gravós que les hipoteques que ja tenien contractades, amb quotes que els resultaven excessives (SAP Barcelona 692/2017, de 20 d'octubre, Sec. 4^a, Rec. 1323/2016). Es calcula que a l'Estat espanyol el nombre de famílies afectades per tals productes financers supera les 60.000⁵.



Representació de l'evolució del tipus de canvi Ien-Euro, amb indicació dels moments clau dels préstecs⁶

⁵ LA VANGUARDIA (2015): *Un bufete cifra en más de 60.000 los afectados por hipotecas multidivisa*. En línia (última consulta, 5/12/2017): <http://www.lavanguardia.com/economia/20150408/54429485708/un-bufete-cifra-en-mas-de-60-000-los-afectados-por-hipotecas-multidivisa.html>

⁶ BANC CENTRAL EUROPEU (2017): *Euro reference exchange rate: Japanese yen (JPY)*. En línia (última consulta, 5/12/2017): https://www.ecb.europa.eu/stats/policy_and_exchange_rates/euro_reference_exchange_rates/html/eurofxref-graph-jpy.en.html

1.2. Consumidors i consentiment viciat

La condició de persona consumidora del Sr. Coarasa, pot resultar inicialment confusa, pel fet d'haver actuat durant molts anys com a empresari individual. El Tribunal Suprem ja ha precisat nombroses vegades (STS 323/2015, de 30 de juny, Sala 1^a, Rec. 2780/2013, entre altres) que no n'hi ha prou d'ostentar la condició de *persona física* per a esdevenir un *consumidor*, i per tant, entrar dins l'àmbit de protecció del Reial Decret Legislatiu 1/2007, pel qual s'aprovà el Text Refós de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris (en endavant, TRLCU). Aquesta normativa va entrar en vigor el primer de desembre de l'any 2007, essent vigent en el moment de contractació del primer préstec hipotecari, el 2 de juny del 2008.

A l'article 3 de la mencionada norma, s'indica que la part compradora, en cas que sigui una persona física, ha d'actuar «amb un propòsit aliè a la seva activitat comercial, empresarial, ofici o professió»⁷, per a tenir **la consideració de persona consumidora**. La clau està en observar el destí de l'objecte del contracte a l'activitat comercial, empresarial o professional, el que determina la no inclusió en l'àmbit tuitiu de la normativa de protecció dels consumidors (SAP Murcia 494/2017, de 20 de juliol, Sec. 4^a, Rec. 489/2017). Dur a terme certes operacions de forma regular, en un curt espai de temps, talment com comprar per revendre immediatament immobles o accions, implica que s'està realitzant una activitat empresarial o professional, ja que l'habitualitat és una de les característiques de la qualitat legal d'empresari, de conformitat amb l'article 1.1 del Codi de Comerç (STS 16/2017, de 16 de gener, Sala 1^a, Rec. 2718/2017). En els casos que siguin dubtosos, si el destí comercial és marginal o insignificant, comparat amb el destí privat, aleshores «el contractant en qüestió haurà de ser considerat com a consumidor si l'objecte professional no predomina en el context general del contracte, en atenció a la globalitat de les circumstàncies i l'apreciació de la prova» (STJUE de 20 de gener de 2005, Afer C-464/01, Cas *Johann Gruber contra Bay Wa AG*).

En el present cas, el Sr. Coarasa, que no consta que tingui especials coneixements financers o qualificació en aquest àmbit, ni experiència invertint en productes financers complexos, derivats o similars (SAP Oviedo 334/2017, de 3 d'octubre, Sec. 4^a, Rec. 328/2017), ha adquirit l'immoble només amb una finalitat habitacional pròpia, i no de revenda o d'especulació del sòl. S'interessà per un préstec hipotecari que millorés les condicions del que tenia amb el Banco Oza de Inversiones S.A., que era aparentment més gravós i que fou cancel·lat amb el nou negoci jurídic. Cal tenir present la condició de persona consumidora del Sr. Coarasa⁸, i el TRLCU resulta així plenament aplicable. El contracte està compost de clàusules estandarditzades, dissenyades amb l'objectiu d'incloure's en múltiples negocis jurídics desenvolupats amb nombrosos clients.

En matèria d'hipoteques multidivisa concedides a consumidors, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) ha elaborat la important Sentència de 30 d'abril de 2014 (Afer C-26/13, cas *Kásler i Káslerné Rábai*), aplicant i interpretant la Directiva 93/13/CEE, sobre clàusules no negociades en contractes celebrats amb consumidors (en concret, l'article 4.2): l'exigència que una clàusula contractual s'ha de redactar de manera clara i comprensible s'ha d'entendre com una obligació, no només que la clàusula considerada sigui clara i comprensible gramaticalment pel consumidor, sinó també que el contracte exposi de manera transparent el funcionament concret del mecanisme de conversió de la divisa estrangera, així com la relació entre aquest mecanisme i el proscrit per altres

⁷ Precepte operat per la Llei 3/2014, de 27 de març, que reformà el RDL 1/2007, de 16 de novembre.

⁸ Igualment, s'ha de remarcar la condició de persona consumidora de la Sra. Eguidazu, esposa del Sr. Coarasa, ja que ambdós van realitzar la contractació del mateix préstec multidivisa, com es pot observar a la Clàusula Primera de l'escriptura de constitució, i naturalment en tota la informació registral.

clàusules relatives al lliurament del préstec. D'aquesta manera, el consumidor podrà avaluar, basant-se en criteris precisos i comprensibles, les conseqüències econòmiques derivades al seu càrrec. *A contrario sensu*, es pot interpretar que la norma obliga a que les clàusules que tractin de la definició de l'objecte principal del contracte se sotmetran al control d'abusivitat, si no estan redactades de manera clara i comprensible (SAP Valladolid 324/2017, de 26 de setembre, Sec. 3ª, Rec. 212/2017).

Observant les clàusules relatives al capital prestat, el termini d'amortització i la forma de liquidació, algunes d'elles poden tenir una lectura de «complexitat intrínseca i inevitable o pròpia del seu contingut» (SAP Oviedo 309/2017, de 6 d'octubre, Sec. 6ª, Rec. 286/2017). Així, en la definició del tipus de referència Líbor al qual s'ha dedicat la clàusula 3ª bis de l'escriptura del préstec hipotecari multidivisa, s'indiquen *correctament* la font d'informació, el lloc a on es publica i les dates que s'han de considerar perquè el client ho pugui contrastar, si així fos de menester. *Ab initio*, podem pensar que el prestatari va ser capaç de comprendre que el préstec es calculava en moneda estrangera, i que, per tant, les amortitzacions parcials es farien en funció del valor de canvi d'aquesta en cada moment, de manera que això repercutiria en la liquidació mensual pactada.

Ha estat històricament d'àmplia aplicació **la regla *pacta sunt servanda***, que «exigeix que els contractants compleixin les seves obligacions malgrat que els resultin més oneroses del que havien previst, tant per un augment dels costos de l'execució com per una disminució del valor de la contraprestació a què tinguessin dret» (STS 608/2017, de 15 de novembre, Sala 1ª, Rec. 2678/2015). El present cas afecta a un préstec a interès variable, amb un índex referencial que pot produir major incertesa respecte a un préstec convencional. Conèixer l'evolució futura dels tipus de canvi resulta molt complicat, per no dir impossible, ja que són nombrosos els factors macroeconòmics que hi intervenen: inflació, fluxos comercials, factors socials i polítics, catàstrofes naturals, etc. Tant el deutor com el creditor estan sotmesos al mateix risc, sense que quedi a l'arbitri de cap de les parts contractants, que no el poden controlar (SAP Gijón 368/2017, de 13 de juliol, Sec. 7ª, Rec. 175/2017; i SAP Madrid 267/2017, de 11 de setembre, Sec. 18ª, Rec. 408/2017).

El client tenia la possibilitat de modificar la divisa que servia de referència, incloent-hi l'euro, amb la sola exigència de fer-ho amb un mínim de tres dies d'antelació al venciment de cada període (i el pagament d'una comissió, per raons òbvies *del mercat*). Com ha matisat la jurisprudència, la possibilitat de canvi de divisa elimina qualsevol sospita d'abús de posició predominant per part del Banc, sense que pugui exigir-se a aquest que traslladés al seu client el *pronòstic incert* que pogués tenir sobre l'evolució de cada una de les divises susceptibles d'utilització durant tota la vida del contracte, incloent el mateix euro. Cal posar èmfasi en que «el risc de canvi és consubstancial a tota operació en divises, de manera que, sent aquest un fet notori i de públic coneixement, no necessitava d'especial explicació» (SAP Oviedo 309/2017, de 6 d'octubre, Sec. 6ª, Rec. 286/2017). El fet que hi hagi una fluctuació de la moneda s'ha de considerar «un coneixement genèric de qualsevol consumidor mitjà, que és el paràmetre que s'utilitza per a mesurar el control de transparència» (SAP Madrid 267/2017, de 11 de setembre, Sec. 18ª, Rec. 408/2017).

Ara bé, l'anterior argumentació ha estat rebatuda també molt recentment pel Tribunal Suprem, que afirma que la clàusula que permet al prestatari de canviar de divisa en la denominació del préstec no elimina per si sola el risc lligat a aquests préstecs en divises ni el caràcter abusiu de les clàusules lligades a la denominació en divisa del préstec objecte del litigi. Encara menys si **el banc no informa al client** de les conseqüències que comporta tal conversió de la divisa en què està representat el capital del préstec. Tal situació es produirà conforme al tipus de canvi existent en el moment en el qual aquesta conversió tingui lloc, de manera que es consolida la revalorització de la divisa i, per tant, l'augment de l'equivalència en euros (o en la nova divisa) de l'import del capital

pendent d'amortitzar, ja que «es trasllada a la nova divisa escollida l'increment produït com a conseqüència de l'apreciació de la divisa» (STS 608/2017, de 15 de novembre, Sala 1ª, Rec. 2678/2015, FJ 46).

Així, quan es faci ús d'aquesta facultat, es consolidarà l'augment de valor de la divisa en què es trobava denominat el préstec, amb greus efectes si tal operació té lloc en els moments *pic* o màxims de cotització, respecte de l'euro, de la divisa en què en cada moment estigui representat el préstec (o en un moment proper a tals màxims). L'Alt Tribunal conclou que la possibilitat de canvi de divisa, tot i que suposa un cert mecanisme de limitació del risc de fluctuació en els casos de previsible apreciació de la divisa en un futur pròxim, ni elimina els riscos associats a la possibilitat de depreciació de l'euro davant de la divisa escollida, ni dispensa a l'entitat bancària de les seves obligacions de transparència en la informació precontractual que faciliti als seus potencials clients i en la redacció de les clàusules del préstec hipotecari. «Per a que pugui tenir alguna eficàcia, el banc ha d'informar amb antelació, de mode clar i comprensible, sobre les conseqüències de fer ús d'aquesta clàusula i oferir al consumidor no expert una informació adequada durant l'execució del contracte» (STS 608/2017, de 15 de novembre, Sala 1ª, Rec. 2678/2015, FJ 49). Aquest deure d'informació no ha estat acomplert per l'entitat bancària en el cas objecte d'estudi.

A més, i encara més greu, havent-hi la possibilitat de **canviar de divisa** l'entitat bancària induí als Srs. Coarasa-Eguidazu a sol·licitar un nou préstec per a cobrir els *desequilibris* del tipus de canvi que es poguessin originar, enlloc d'informar-los de la possibilitat d'activar la Clàusula Segona del contracte de préstec multidivisa. Des de la doctrina judicial, s'ha argumentat en algun cas que l'acció de nul·litat empresa pel consumidor té origen en les grans dificultats que suposaria d'exercir l'opció de conversió a euros, donats els efectes indesitjables que es produirien en l'endeutament (SAP Burgos 434/2017, de 14 de setembre, Sec. 3ª, Rec. 237/2017). El silenci del banc respecte de l'ús del mecanisme de transformació en euros, quan l'import de les quotes es disparà, implica «un engany per part dels treballadors de l'entitat», que va fer continuar als clients en l'error (SAP Segovia 155/2017, de 30 de juny, Sec. 1ª, Rec. 178/2017).

No s'ha d'oblidar que la **comunicació altament complexa** i *esbiaixada* ja s'aprecia en els correus electrònics previs a la realització de la hipoteca, indicant que la quota trimestral serà d'*aproximadament 4.248 euros* (1.416 euros mensuals), i donant d'aquesta manera una certa seguretat que aquest valor es mantindria al llarg del temps, quan a la pràctica no fou així. L'entitat bancària es limità a exposar als clients que l'interès era menor i que s'estalviarien uns 200 euros mensuals, de forma aproximada, en comparació amb els valors que resultarien de contractar un préstec convencional.

Com ha afirmat el Tribunal Suprem a la Sentència de 24 de març de 2015, «no poden utilitzar-se clàusules que, malgrat que gramaticalment siguin comprensibles i estiguin redactades amb caràcters llegibles, impliquin subreptíciament una alteració de l'objecte del contracte o de l'equilibri econòmic sobre el preu i la prestació, que pugui passar inadvertida a l'adherent mitjà». Aquest postulat troba fonament en els articles 5.5 i 7b) de la Llei de Condicions Generals de la Contractació (LCGC) (SAP Madrid 267/2017, de 11 de setembre, Sec. 18ª, Rec. 408/2017). Per tant, aquestes condicions generals poden ser declarades abusives si el defecte de transparència provoca *subreptíciament* una alteració no de l'equilibri *objectiu* entre preu i prestació, que amb caràcter general no el pot controlar un òrgan judicial, «sinó de l'equilibri *subjectiu* de preu i prestació, és a dir, tal i com se'l pot representar el consumidor en atenció a les circumstàncies concurrents a la contractació» (STS 138/2015, de 24 de març, Sala 1ª, Rec. 1765/2013).

En el cas objecte d'estudi, en el clausulat podem apreciar un redactat que dóna seguretat inicialment al client, però que després realitza excepcions de gran confusió: «L'exercici de l'opció multidivisa no suposa, en cap cas, l'elevació de l'import del préstec, ni reducció del risc en vigor, excepte cas d'amortització, qualsevulla que sigui la causa, inclosa la variació del tipus de canvi. Per tant, el prestatari reconeix que aquest préstec està formalitzat en divises, de manera que poden originar-se durant la vida del préstec, exonerant al Banco de Ansó, S.A., de qualsevol responsabilitat derivada de tal risc, inclosa la possibilitat que el contravalor en euros de la moneda en què s'hagi exercit l'opció, pugui ser superior al límit pactat» (Clàusula 2 D, fragment inicial).

Aquest últim incís difícilment superaria un filtre d'incorporació, i en cas que ho aconseguís, el filtre *reforçat* de la transparència l'acabaria rebutjant. Aquest és l'anomenat ***dobble control de transparència***, basat en un primer control referent a la transparència documental o gramatical, i seguit d'un control de transparència en sentit estricte, com a paràmetre abstracte de validesa de la clàusula, quan es projecta sobre elements essencials del contracte (STS 241/2013, de 9 de maig, Sala 1ª, Rec. 485/2012). Continuant amb l'anàlisi del contracte en qüestió, l'expressió *límit pactat* sembla una contradicció en els seus propis termes (SAP Valladolid 324/2017, de 26 de setembre, Sec. 3ª, Rec. 212/2017). La redacció en el seu conjunt es fa en termes negatius, confusos i equívocs, quan hagués resultat molt més senzill, didàctic i comprensible que el client hagués estat informat que s'estava compromentent a pagar la mateixa quantitat de iens que el banc havia posat a la seva disposició, amb totes les possibilitats que poden succeir per la variació del tipus de canvi (SAP Las Palmas 261/2017, de 30 de juny, Sec. 5ª, Rec. 196/2015).

Per a resoldre la problemàtica de responsabilitats exonerades que el contracte ha estructurat, s'estableix en el clausulat una solució totalment incomprensible, perquè la variació del tipus de canvi no és una decisió que depengui del lliure albir del client, ni aquest té altres mitjans reals i efectius per a resoldre les vicissituds que puguin sorgir sobre aquest aspecte: «Per això, el prestatari s'obliga a mantenir l'equivalència establerta en el pacte primer, entre la divisa prestada i el seu contravalor en euros, de forma que en cap moment el capital pendent d'amortitzar en divises, en un determinat període d'interès, presenti un increment del deute en euros que resulta del quadre teòric d'amortització annex a aquest contracte. Si la desviació és superior al 5%, el prestatari s'obliga a cancel·lar parcialment el capital pendent d'amortitzar del préstec a l'objecte de mantenir tal equivalència» (Clàusula 2 D, *in fine*). La redacció és extremament poc clara. A la Clàusula 3, a més, es redacten termes forans, com ara *Líbor* o *pantalla de Reuters*, que no estan degudament definits, implicant que el consumidor no pot percebre la càrrega real del contracte (SAP València 403/2017, de 26 de juny, Sec. 9ª, Rec. 375/2017).

En aquest sentit, la recent Sentència del TJUE de 20 de setembre de 2017 (Afer C-189/16, *Ruxandra Paula Andriciu i altres contra Banca Româneasc S.A.*) ha efectuat les precisions següents sobre la Directiva 93/13/CEE, del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en contractes celebrats amb consumidors, i versant en concret sobre l'article 4.2, que són útils per a copsar l'abast dels fragments reproduïts anteriorment, precisant així que l'exigència que una clàusula contractual s'hagi de redactar de manera clara i comprensible suposa que, en el cas dels contractes de crèdit, les institucions financeres han de facilitar als prestataris la informació suficient per què aquests puguin prendre decisions fonamentades i prudentes.

En aquest sentit, tal exigència implica que una clàusula d'acord amb la qual el préstec ha de reemborsar-se en la mateixa divisa estrangera en la que es contractà, ha de ser entesa pel consumidor en el nivell formal i gramatical, així com sobre el seu abast concret, de manera que un *consumidor mitjà*, normalment informat i raonablement atent i perspicaç, pugui no només conèixer la possibilitat d'apreciació o depreciació de la divisa estrangera en què el préstec fou acordat, sinó

també valorar les conseqüències econòmiques, potencialment significatives, de tal clàusula sobre les seves obligacions financeres. Per concloure, la resolució esmenta que «correspon a l'òrgan jurisdiccional nacional de dur a terme les comprovacions necessàries a aquest respecte» (paràgraf 51). El sistema de protecció establert per la citada Directiva es basa en la idea que el consumidor es troba en una situació d'inferioritat respecte al professional en matèria de nivell d'informació. L'exigència de redacció clara i comprensible de les clàusules contractuals, i per tant de transparència, s'ha d'entendre «de manera extensiva».

L'Ordre de 5 de maig de 1994, del Ministeri de la Presidència, sobre transparència de les condicions financeres dels préstecs hipotecaris, vigent en el moment de la signatura del contracte de préstec, preveu que s'han de dur a terme advertiments notarials sobre els riscos inherents a la contractació d'un préstec multidivisa (article 7.3.6)⁹, fet que no ha estat acomplert pel Banco de Ansó, com han explicat els Srs. Coarasa i Eguidazu. El Banc d'Espanya ha elaborat diversos informes en què indica la necessitat en què es produeixi una *exhaustiva informació* i que es dugui a terme *un anàlisi profund* abans de celebrar-se aquest tipus de contractes, assenyalant que la informació precontractual o publicitària oferta en aquests casos ha de contenir les dades més rellevants sobre les característiques i riscos dels préstecs multidivisa, «de tal forma que els clients estiguin en disposició de formar-se una opinió fonamentada i real sobre les seves característiques essencials per a avaluar si s'ajust[en] a les seves necessitats, perfil i situació financeres» (SAP Oviedo 334/2017, de 3 d'octubre, Sec. 4ª, Rec. 328/2017).

La citada Ordre ha estat substituïda per l'Ordre Ministerial EHA/2899/2011, de 28 d'octubre, que com ha explicat el Tribunal Suprem, «garanteix raonablement l'observança dels requisits exigits per la LCGC per a la incorporació de les clàusules de determinació dels interessos i les seves oscil·lacions en funció de les variacions de l'Euríbor» (STS 241/2013, de 9 de maig, Sala 1ª, Rec. 485/2012). Igualment, l'Alt Tribunal ha declarat que «la lectura de l'escriptura pública i, en el seu cas, el contrast de les condicions financeres de l'oferta vinculant amb la del respectiu préstec hipotecari, no supleixen per si sols el compliment del deure de transparència» (STS 464/2014, de 8 de setembre, Sala 1ª, Rec. 1217/2013). S'ha de tenir present que la intervenció notarial serveix per a complementar la informació rebuda pel consumidor sobre l'existència i transcendència de la clàusula, però no pot per si sola substituir a la necessària informació precontractual, que la jurisprudència del TJUE ha valorat com a bàsica per tal que el consumidor pugui comprendre les càrregues econòmiques i jurídiques (STS 367/2017, de 8 de juny, Sala 1ª, Rec. 2697/2014).

La informació proporcionada al client haurà de fer èmfasi en el risc de la variació del tipus de canvi, havent-se de fer simulacions de quotes, recolzades en hipòtesis financeres que siguin raonables, situació que no s'ha produït en el present cas, en què hom pot afirmar que s'ha incomplert el deure general d'actuar conforme a les exigències de la bona fe, establert a l'article 7 del Codi Civil Estatal. També s'exigeix a les entitats de crèdit el lliurament obligatori d'un fullet informatiu inicial en què s'especifiquin amb claredat, de forma el més estandarditzada possible, les condicions financeres dels préstecs, així com d'efectuar una oferta vinculant de préstec al potencial prestatari o, en el seu cas, a notificar-li la denegació del préstec.

Si el préstec està denominat en divises, el notari haurà d'advertir al prestatari sobre el risc de fluctuació del tipus de canvi, explicant-li materialment d'un mode comprensible pel prestatari, el qual té dret a examinar el projecte d'escriptura pública de préstec hipotecari en el despatx del notari almenys durant els tres dies hàbils anteriors al seu atorgament (SAP Madrid 373/2017, de 29 de

⁹ Igualment, l'article 147 del Reglament del Notariat (RN) obliga als fedataris públics a assessorar als seus clients en operacions bancàries, amb fonament a l'article 23.1 de la LCGC.

setembre, Sec. 13^a, Rec. 312/2017). L'entitat bancària no s'ha de limitar a explicar únicament la possibilitat d'apreciació o deprecació de la divisa del préstec, sinó que ha de tractar els efectes de les variacions del tipus de canvi en les quotes (SAP Toledo 520/2017, de 27 de setembre, Sec. 2^a, Rec. 293/2016).

Amb tot l'exposat, s'aprecia el gran desconeixement que el Srs. Coarasa i Eguidazu tenien del contracte pel qual s'havien compromès, tant en matèria de la càrrega econòmica com jurídica que suposava el mecanisme multidivisa. S'ha de tenir present que el préstec es sol·licità en euros i va ser en aquesta moneda com es lliurà el capital, si bé referenciat a iens nipons, de manera que la *representació mental* que podia fer-se qualsevol persona era la d'obtenir un determinat capital en euros, que s'aniria amortitzant de forma progressiva, amb un cost inferior de l'habitual gràcies a «les bondats de la lliure circulació de capitals global», i que com que la situació portava anys amb una relativa estabilitat, la divisa no fluctuaria més enllà dels valors habituals. En conseqüència, es pot argumentar que **el consentiment ha estat viciat**, de conformitat amb el disposat als articles 1.258, 1.261.1, 1.265 i 1.266, en relació amb els articles 1.300 i successius del Codi Civil Estatal, com es sintetitzarà a continuació (SAP Madrid 373/2017, de 29 de setembre, Sec. 13^a, Rec. 312/2017, amb arguments d'interès).

Hi ha **error-vici** quan la voluntat del contractant es forma a partir d'una creença inexacta, quan la representació mental que serveix de pressupòsit per a la realització del contracte és equivocada o errònia (STS 769/2014, de 12 de gener del 2015, Sala 1^a, Rec. 2290/2012). Així, l'article 1.266 CCE indica que, per a invalidar el consentiment, l'error ha de recaure sobre la substància de la cosa que constitueix l'objecte del contracte o sobre aquelles condicions de la cosa que principalment haguessin donat motiu a celebrar-lo. La jurisprudència del Tribunal Suprem exigeix que l'error sigui *essencial*, en el sentit de projectar-se sobre aquelles pressuposicions, respecte de la substància, qualitats o condicions de l'objecte o matèria del contracte, que haguessin estat la causa principal de la seva celebració, en el sentit de causa concreta o de motius incorporats a la causa. Igualment, l'error invalidant també ha de ser *excusable*, és a dir, no imputable a qui el pateix, o que aquesta part no hagi dut a terme una conducta negligent (SAP Madrid 308/2017, de 15 de setembre, Sec. 11^a, Rec. 951/2016; SAP Barcelona 370/2017, de 12 de juliol, Sec. 11^a, Rec. 145/2015).

Els actors **no són experts financers i no disposen dels coneixements** precisos i qualificats per a contractar instruments financers com el préstec multidivisa que van contractar. Atenent a les seves situacions personals i perfils de clients no professionals, s'exigia al Banco de Ansó S.A. de proporcionar una informació precontractual clara i suficient, que permetés d'assolir una *cabal comprensió* de les clàusules financeres referides a la divisa escollida i, de forma més concreta, sobre el càlcul del valor de la quota d'amortització periòdica i la repercussió del tipus de canvi en el capital del préstec, ja que a causa de fluctuacions imprevisibles, podia experimentar un increment molt gravós.

No es facilità als Srs. Eguidazu i Coarasa un fullet informatiu del producte que van contractar (article 3.1 Ordre Ministerial), que els hagués permès de demanar aclariments i explicacions al Banc, sobre aquells aspectes dubtosos o de comprensió difícil. Tampoc es pot considerar que els correus electrònics de maig del 2008 (document núm. 2) representessin una *oferta vinculant de préstec* (article 5.1 de l'Ordre Ministerial de 5 de maig de 1994), donada la insuficient informació proporcionada, que no permetia de buscar un assessorament de tercers sobre la conveniència de contractar el producte atenent a la finalitat que es volia aconseguir, que era simplement l'abaratiment del cost de la hipoteca, que ja gravava la finca de la seva propietat. La normativa obliga a que l'oferta vinculant estigui signada pel representant de l'entitat (que no s'ha produït, ja que és un modest correu electrònic), excepte que es produeixin circumstàncies extraordinàries o no

imputables a l'entitat, tenint un termini de validesa no inferior a deu dies hàbils des del seu lliurament. Cal tenir en compte que el llarg termini d'amortització, de vint anys de durada, ha impossibilitat qualsevol predicció de les fluctuacions de la moneda, i per tant, de *la magnitud de la tragèdia* que ha acabat succeint.

Abans de signar l'escriptura de contracte de préstec, no es posà a disposició dels actors el projecte o esborrany d'aquella a la notaria, amb el temps que indica la normativa (article 7.2 Ordre Ministerial), ni després el notari féu l'advertiment prescrit, sobre el risc que comportava la fluctuació del tipus de canvi, indicant-ne els seus efectes (article 7.3.6 Ordre Ministerial). S'ha de remarcar, en aquest sentit, que l'actuació del fedatari públic no garanteix la comprensibilitat real ni el control i compliment de l'essencial deure de facilitar informació clara i completa (STS 464/2014, de 8 de setembre, Sala 1ª, Rec. 1217/2013).

La informació verbal facilitada als Srs. Coarasa i Eguidazu per part dels treballadors del Banc era totalment insuficient. No es van fer simulacions sobre l'impacte futur que podria afectar al capital prestat, i quan en el procés civil duguin a terme declaracions testificals sobre si acompliren correctament la seva obligació d'informar, s'ha de tenir present que les seves afirmacions resultaran *interessades*, en ser les persones responsables de l'eventual omisió del seu propi deure. Les seves declaracions «no poden suplir l'absència de tot rastre documental» (SAP Madrid 308/2017, de 15 de setembre, Sec. 11ª, Rec. 951/2016).

Recapitulant, es devia avaluar, i no es va fer, la conveniència del producte per als demandants, tenint en compte el seu nivell escàs de formació i coneixements sobre el seu funcionament i el gran risc que comportava, com requeria un procedir acord amb la bona fe i el just equilibri entre els drets i deures de les parts, que en aquest cas era desigual, posició que exigeix a les entitats de crèdit de vetllar pels interessos dels seus clients com si fossin propis, sent creïble que d'haver estat informats els Srs. Coarasa i Eguidazu amb concreció, claredat i senzillesa sobre els grans riscos que assumien, «no haguessin subscrit el contracte de préstec, que per això queda viciat per error en el consentiment» (SAP Madrid 373/2017, de 29 de setembre, Sec. 13ª, Rec. 312/2017). S'ha produït una vulneració de l'article 80 TRLCU, que estableix els requisits que han de tenir les clàusules contractuals no negociades individualment, i també de l'article 89 TRLCU, que indica que tenen la consideració de *clàusules abusives* les declaracions d'adhesió del consumidor i usuari a clàusules de les quals no ha tingut oportunitat de prendre *coneixement real* abans de la celebració del contracte (també article 60 TRLCU, sobre informació prèvia al contracte).

En el mateix sentit, la informació és insuficient per a justificar que els prestataris tenien un *coneixement complet* de les característiques i riscos de l'operació, ja que tampoc s'ha demostrat que la informació escrita fos completada i aclarida amb una informació verbal, en particular en no haver-los explicat que en el cas que la divisa s'apreciés davant de l'euro no només haurien de pagar quotes de major import, sinó que a més deurien al prestamista un capital en euros major que el que els hi fou lliurat en concertar el préstec. S'ha produït «una deficient informació per part dels treballadors de l'entitat bancària que en mode algun queda subsanada per l'escriptura pública i els rebuts que periòdicament emetia l'entitat» (SAP Salamanca 423/2017, de 28 de setembre, Sec. 1ª, Rec. 261/2017). La informació verbal, que és la que el client assumeix amb major facilitat, ha de recopilar totes les dades rellevants sobre els factors de risc, quan sigui previsible que davant d'una relació de confiança o una documentació amb un contingut tècnic elevat, el client no ho llegirà tot de forma detinguda (SAP Las Palmas 261/2017, de 30 de juny, Sec. 5ª, Rec. 196/2015).

En una data posterior a la celebració del contracte, objecte del present litigi, va ser dictada la **Directiva 2014/17/UE**, del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de febrer del 2014, sobre

contractes de crèdit celebrats amb els consumidors per a béns immobles d'ús residencial. Emperò, com que el termini de transposició encara no ha transcorregut, no resulta aplicable per a la resolució del cas (SAP Toledo 520/2017, de 27 de setembre, Sec. 2ª, Rec. 293/2016; i SAP Las Palmas 261/2017, de 30 de juny, Sec. 5ª, Rec. 196/2015). El considerant quart de la Directiva tracta dels problemes existents «en relació amb la irresponsabilitat en la concessió i contractació de préstecs, així com amb el marge potencial de comportament irresponsable entre els participants en el mercat». La regulació admet la necessitat d'establir mesures per a garantir que els consumidors siguin conscients dels riscos que assumeixen, i tinguin la possibilitat de limitar l'exposició a tals, ja sigui a través de la conversió de la moneda del contracte de crèdit, o bé amb l'ús de nivells màxims o advertiments de risc (considerant 30).

Tornant a l'aspecte inicial de la consideració de persona contractant com a *consumidora*, un cop dut a terme l'estudi del *vici del consentiment*, les al·legacions d'abusivitat i de manca de transparència han estat matisades pel Tribunal Suprem com a únicament predicables per als adherents a les clàusules que tinguin la condició legal de consumidors o usuaris (SSTS 227/2015, de 30 d'abril, Sala 1ª, Rec. 929/2013; i 367/2016, de 3 de juny, Sala 1ª, Rec. 2121/2014). Ambdós conceptes es troben altament relacionats, i l'ordenament intern només permet una protecció dels adherents no consumidors en la legislació civil i mercantil general, sobre respecte a la bona fe i el just equilibri a les prestacions per a evitar situacions d'abús contractual. En aquest sentit, resulta fonamental la invocació de l'article 1.258 CCE: «Els contractes es perfeccionen pel simple consentiment, i des d'aleshores obliguen, no només al compliment d'allò expressament pactat, sinó també a totes les conseqüències que, segons la seva natura, siguin conformes a la bona fe, a l'ús i a la llei». S'exigeix als administradors d'una societat, quan duen a terme operacions en nom d'aquesta, un nivell de diligència superior (SAP Palma de Mallorca 291/2017, de 17 d'octubre, Sec. 5ª, Rec. 291/2017, que desestimà el recurs interposat per una immobiliària contra un banc, en hipoteques multidivisa).

1.3. Coneixements financers i normativa MiFID

Sobre els coneixements financers de la part actora i la normativa MiFID, el Tribunal Suprem, a la seva jurisprudència, ha remarcat la importància del deure d'informar adequadament al client minorista, al qui en principi es pressuposa que no disposa de coneixements adequats per a comprendre productes complexos i que presenta una *asimetria d'informació* en relació a l'empresa amb la qual contracta. Però el mateix TS, altrament, ha considerat infonamentades les pretensions d'anul·lació per vici de consentiment en el cas de contractació d'aquests productes, generalment per imports elevats, «quan el contractant, malgrat tenir la consideració legal de minorista, té el perfil de client experimentat i la informació que se li ha subministrat, malgrat que pogués no ser suficient per a un client no expert, sí que ho és per qui té experiència i coneixements financers» (STS 207/2015, de 23 d'abril, Sala 1ª, Rec. 934/2013).

L'anomenada **normativa MiFID** (Directiva 2004/39/CE, *Markets in Financial Instruments Directive*), transposada al Dret intern a través de la Llei 47/2007, de 19 de desembre, ha previst que són clients professionals: les entitats financeres; determinades administracions o organismes públics de considerable importància; empresaris que reuneixin individualment, com a mínim, dos dels següents requisits:

- (1) que el total de les partides de l'actiu sigui igual o superior a 20 milions d'euros,
- (2) que l'import de la seva xifra anual de negocis sigui igual o superior a 40 milions d'euros, i
- (3) que els seus recursos propis siguin iguals o superiors a 2 milions d'euros; inversors institucionals que tinguin com a activitat habitual invertir en valors o altres instruments financers; i

finalment clients que compleixin dues de les condicions següents, sol·licitant-ho amb caràcter previ i renunciant expressament a la condició de *client minorista*:

- (1) que el client hagi realitzat operacions de volum significatiu en el mercat de valors, amb una freqüència mitja de més de deu per trimestre durant els quatre trimestres anteriors;
- (2) que el valor de l'efectiu i valors dipositats sigui superior a 500.000 euros;
- (3) que el client ocupi, o hagi ocupat durant almenys un any, un càrrec professional en el sector financer que requereixi coneixements sobre les operacions o serveis previstos.

En el moment de la signatura del contracte d'hipoteca multidivisa, és a dir, el dia 2 de juny de 2008, en què es subscrigué l'escriptura notarial amb nombre de protocol 2.345, la Directiva MiFID ja havia estat transposada al Dret intern per la Llei 47/2007, de 19 de desembre, i per tant, són plenament aplicables *ab initio* els seus preceptes al nostre cas. Posteriorment convindrà de fer unes importants rectificacions sobre aquest aspecte.

Els **deures d'informació** de les entitats bancàries respecte dels seus clients responen al principi general que aquests han de ser informats, abans de la perfecció del contracte, dels riscos que comporta l'operació especulativa que es tracti. Tal principi és una conseqüència del deure general d'actuar conforme a les exigències de la bona fe, que es troba a l'article 7 del Codi Civil i també en el Dret de contractes del nostre entorn cultural i econòmic, en concret l'article 1:201 dels Principis del Dret Europeu de Contractes¹⁰ (STS 840/2013, de 20 de gener del 2014, Sala 1ª, Rec. 879/2012).

Aquest deure genèric de negociar de bona fe comporta el més concret de valorar els coneixements i l'experiència en matèria financera del client, per a precisar quin tipus d'informació se li ha de proporcionar en relació al producte que es tracta, i si escau, «emetre un judici de conveniència o d'idoneïtat, i, fet l'anterior, proporcionar al client informació sobre els aspectes fonamentals del negoci, entre els que es troben els concrets riscos que comporta l'instrument financer que es pretén contractar» (STS 323/2015, de 30 de juny, Sala 1ª, Rec. 2780/2013). El client ha de poder confiar que l'entitat de serveis d'inversió que l'assessora no està ometent informació sobre cap qüestió rellevant. No es pot admetre que s'al·legui que el client hauria d'haver estat assessorat per una tercera persona, i que en no fer-ho, no observà la necessària diligència, o que en el contracte s'incloua una clàusula, redactada prèviament pel banc, en què s'afirmava que el client s'havia assessorat per compte propi i eximia al banc d'informar-lo adequadament (STS 11/2017, de 13 de gener, Sala 1ª, Rec. 2001/2013)¹¹.

En el cas objecte d'estudi, el Banco de Ansó S.A. incomplí les obligacions que li són imposades per l'article 79 bis de la Llei 24/1988, de 24 de juliol, del Mercat de Valors (en endavant, LMV; tal normativa es troba actualment al Text Refós aprovat pel Reial Decret Legislatiu 4/2015, de 23 d'octubre. *Vid.* arts. 210 i ss.), en concret les relatives a informar als clients, de manera comprensible, sobre la natura i riscos de l'instrument financer derivat i complex que estaven contractant (aspectes plasmats en els anomenats tests d'*idoneïtat* i de *conveniència*). La Llei 47/2007, que com s'ha exposat transposà la Directiva MiFID al Dret intern, establí una **sanció específica** per l'incompliment d'aquests deures d'informació del citat article 79 bis, en qualificar aquesta conducta d'infracció *molt greu* (article 99.2.z bis de la LMV), fet que permet l'obertura d'un expedient sancionador per la Comissió Nacional del Mercat de Valors (CNMV) per a imposar les sancions administratives pertinents (arts. 97 i ss. LMV).

¹⁰ Els Principis de Dret Europeu de Contractes són una iniciativa transnacional, fruit de la Comissió del mateix nom, presidida pel jurista Ole Lando. Són preceptes de redactat molt senzill i auster, que busquen una ràpida comprensibilitat.

¹¹ En el mateix sentit, SSTs 244/2013, de 18 d'abril, Rec. 1979/2011; i 769/2014, de 12 de gener del 2015, Rec. 2290/2012, ambdues de la Sala 1ª.

L'aplicació de les esmentades sancions troben el seu fonament en al jurisprudència comunitària (SSTJUE de 30 de maig del 2013, Afer C-604/11, Cas *Genil 48 S.L.*, ap. 57; i de 19 de juliol del 2012, Afer C-591/10, Cas *Littlewoods Retail*, ap. 27), que indica que si la Directiva 2004/39 no ha regulat les conseqüències contractuals que poden sorgir pels contractes celebrats que incompleixen les obligacions d'informació, aleshores correspon a l'ordenament jurídic intern de cada Estat de «regular les conseqüències contractuals de la inobservança de tals obligacions, respectant els principis d'equivalència i efectivitat».

Ara bé, és molt important de tenir en compte que si bé la falta d'informació pot provocar un error-vici, la infracció dels deures d'informació no comporta per si sola la nul·litat de ple dret del contracte (STS 840/2013, de 20 de gener del 2014, Sala 1^a, Rec. 879/2012). Sobre el deure legal d'informació al client, «el compliment de tal obligació per l'entitat financera podria donar lloc, en el seu cas, a l'anul·labilitat del contracte per error-vici en el consentiment, o a una acció d'indemnització per incompliment contractual, per a sol·licitar la indemnització dels danys provocats al client per la contractació del producte conseqüència d'un incorrecte assessorament. Però no pot donar lloc a la resolució del contracte per incompliment» (STS 491/2017, de 13 de setembre, Sala 1^a, Rec. 242/2015).

Així, sobre els requisits anteriorment exposats dels *clients professionals*, el TS ha efectuat precisions d'elevat interès: sorgeix una **presumpció de falta de coneixement** dels instruments financers complexos davant de la figura **del client minorista**, i per tant, es justifica l'existència de rigorosos deures d'informació per part de les empreses d'inversió. Però no significa que el client sigui necessàriament un *ignorant financier*, ja que pot succeir que certs clients que no reuneixen els rigorosos requisits que la normativa MiFID exigeix per a ser considerats com a clients professional tinguin, per la seva professió o experiència, coneixements profunds de tals instruments financers complexos, «que els permetin de conèixer la natura del producte que contracten i els riscos associats a aquest, inclús en el cas de no rebre la informació a que la normativa MiFID obliga a aquestes empreses» (STS 323/2015, de 30 de juny, Sala 1^a, Rec. 2780/2013).

I és aquest precisament el cas enjudiciat per la tot just ara citada STS 323/2015, en la qual els contractants del préstec bancari multdivisa eren un matrimoni, format per un advocat (curiosament) especialista en Dret bancari i una executiva d'una gran empresa. Pel TS, l'error que, sent excusable, vicia el consentiment és el que recau sobre la natura i els riscos del producte. El que no vicia el consentiment, i no és per tant adequat per a justificar l'anul·lació del contracte, és la conducta de qui, coneixent el component d'elevada aleatorietat del contracte i la natura dels seus riscos, considera que pot obtenir guanys derivats d'aquestes característiques del contracte, *erra en el càlcul* i, de forma oposada al que preveïé, obté pèrdues i no pas guanys.

En aquest sentit, el Tribunal Suprem valorà la qualificació professional del demandant i les comunicacions escrites que aquest tingué amb l'entitat bancària¹², concloent que el mencionat error no resultaria excusable, i desestimant el recurs interposat pel matrimoni. Igualment, sobre l'esposa executiva, el TS reflexionà que ella havia atorgat el seu poder de representació al marit, perquè contractés en nom seu l'instrument financer del qual era expert, i per tant, l'enjudiciament de l'error s'havia de realitzar respecte de tal mandatari. «Si aquest ha complert malament la seva comesa i no ha sabut explicar al seu mandant la natura i característiques del contracte, i en concret l'objecte

¹² En una d'aquestes comunicacions, el client sol·licitava el canvi de divises, amb un llenguatge que mostra un alt nivell de coneixement: (...) *[e]n la actual situación, y en espera de que manden la tasación la única fórmula que tenemos de disminuir mucho el riesgo es mediante el cambio de divisa. Como sabes con el franco [suizo] hemos ganado un poquito que vamos a perder ya, con el yen hemos perdido la oportunidad de Enero al 114 pero estando en la línea del 129-132, subiendo considerablemente el dólar, es de esperar que el yen se devalúe porque si no la economía japonesa va de ala.*

d'aquest, és qüestió que afecta al compliment del mandat i a la responsabilitat del mandatari per haver complert malament les seves obligacions davant al mandant» (STS 207/2015, de 23 d'abril, Sala 1ª, Rec. 934/2013).

La figura del **mandant** també ha estat tractada per la doctrina judicial, podent ser inclús el mateix treballador de l'entitat bancària, amb el qual el client té una relació d'amistat i confiança. Aleshores, recau sobre aquest la consideració d'*expert en la matèria*, i en cas de provar-se el seu coneixement dels elements essencials del negoci (bé el risc del producte financer, bé la possibilitat de modificar la divisa de referència), es descartarà l'existència d'error invalidant en el contracte, que obligui a declarar la seva nul·litat (SAP Barcelona 370/2017, de 12 de juliol, Sec. 11ª, Rec. 145/2015). No és la situació estudiada en el litigi dels Srs. Coarasa-Eguidazu, en què el Sr. Manrique (delegat de l'oficina del Banco de Ansó a Sabadell), era amic d'un conegut seu, el Sr. Carlos Zárate, que havia estat el gestor del negoci de roba del Sr. Coarasa. A la pràctica, l'oferta del préstec i els seus detalls va ser una tasca efectuada per la gestora María Ares Muñoz, amb qui el matrimoni no tenia cap relació especial.

En altres casos, es tenen en compte les **experiències prèvies en operacions** amb divises estrangeres, i en concret la que és objecte de la hipoteca multidivisa, amb resultat desestimatori del seu *petitum*. Hi ha una variada doctrina judicial al respecte: SAP Oviedo 246/2017, de 10 d'octubre, Sec. 1ª, Rec. 251/2017, en què els clients que sol·licitaven la nul·litat del negoci jurídic ja havien obtingut guanys extraordinaris per a *invertir* en iens i s'aprecia el seu coneixement de la matèria; SAP Zamora 216/2017, de 31 de juliol, Sec. 1ª, Rec. 43/2017, en la qual es tracta d'un matrimoni contractant, en què un dels cònjuges és l'administrador d'una societat immobiliària, amb gran experiència de relacions amb les entitats bancàries i que se li atribueixen coneixements dels riscos del mercat de divises, desestimant així les seves pretensions; SAP Oviedo 309/2017, de 6 d'octubre, Sec. 6ª, Rec. 286/2017, en què els mateixos demandants eren treballadors de banca, amb un resultat igualment negatiu per a ells; i SAP Barcelona 410/2017, de 19 d'octubre, Sec. 15ª, Rec. 421/2016, en la qual es valora que el client (treballador de l'aeroport d'El Prat) va *prendre la iniciativa* molt remarcablement en la contractació del préstec multidivisa, *evidenciant* així coneixements previs del negoci jurídic i dels riscos derivats de les variacions de tipus de canvi.

Altrament, SAP Valladolid 324/2017, de 26 de setembre, Sec. 3ª, Rec. 212/2017, en la qual el fet que el prestatari treballi en una empresa multinacional no obsta perquè es declari la nul·litat del clausulat multidivisa, donat que no té cap experiència inversora prèvia; SAP Palencia 236/2017, de 22 de setembre, Sec. 1ª, Rec. 124/2017, en la qual no consta que el client disposi de productes d'estalvi o préstec complexos, o altres que suposin un alt perfil de risc, com borsa, estructurats, *swaps*, etc., no havent canviat la moneda de referència en la hipoteca multidivisa objecte de litigi; El fet de ser pilot de transport aeri i tenir una alta mobilitat internacional, no equival a tenir una qualificació tècnica especialitzada en operacions multidivisa, estimant el Tribunal la nul·litat del clausulat específic (SAP Granada 286/2017, de 14 de juliol, Sec. 5ª, Rec. 439/2016; SAP Palma de Mallorca 245/2017, de 19 de juliol, Sec. 3ª, Rec. 73/2017); Ni tampoc ser controlador aeri amb estudis d'economia evita l'existència d'un vici en el consentiment del consumidor (SAP Palma de Mallorca 214/2017, de 14 de juliol, Sec. 5ª, Rec. 224/2017), ni en el cas de tenir la mateixa formació i treballar de comptable en una empresa aliena al sector bancari (SAP Salamanca 385/2017, de 4 de setembre, Sec. 1ª, Rec. 247/2017); Els *estudis superiors* en odontologia acompanyats pel consumidor contractant no permeten de negar l'error en el seu consentiment prestat (SAP Zamora 192/2017, de 26 de juliol, Sec. 1ª, Rec. 114/2017).

En altres paraules, la línia divisòria entre el client expert i el no expert rau en els **coneixements financers** d'aquest, de manera que es pot argumentar sense problemes que la Sra. Eguidazu, amb coneixements jurídics en matèria de propietat industrial i sense cap bagatge en finances, igual que el Sr. Coarasa, no era conscient de l'envergadura del clausulat que estava signant, amb els riscos que comportava. A una *lletrada en exercici*¹³ no se li han de suposar «altres coneixements que els propis de la seva professió, és a dir, els de l'ordenament jurídic general, però no altres com són els d'ordenament financer bancari i econòmics, que són els que en principi podrien presumir certa capacitat d'enteniment i comprensió del producte contractat» (SAP Valladolid 344/2017, de 18 d'octubre, Sec. 3ª, Rec. 272/2017).

L'única problemàtica que pot sorgir en el present cas és de demostrar que el matrimoni no va *dur la iniciativa* per a acomplir la contractació del préstec, fet que podria demostrar un coneixement dels riscos als quals s'exposaven, però en qualsevol cas, la declaració del director de l'oficina sobre els advertiments verbals emesos hauria de ser prou creïble per a reconèixer la seva veracitat (SAP Barcelona 410/2017, de 19 d'octubre, Sec. 15ª, Rec. 421/2016), i es pot oposar fàcilment que el clausulat estava redactat i predisposat per l'entitat bancària, sense que hi hagués hagut una negociació personal i individualitzada, trobant-nos davant de condicions generals de la contractació, que no queden excloses del doble control d'incorporació i transparència o comprensibilitat real (SAP Valladolid 344/2017, de 18 d'octubre, Sec. 3ª, Rec. 272/2017).

Des de la contrapart, l'entitat bancària s'esforçarà a destacar que els compradors van continuar pagant el contracte durant un cert temps, malgrat que estaven vivint les conseqüències dels anomenats *riscos de la hipoteca*. En aquest sentit, es podria considerar que el contracte quedà **confirmat**, d'acord amb el disposat a l'article 1.309 CCE. Aquesta argumentació **no pot prosperar**, ja que com bé ha precisat la STS 526/2012, de 5 de setembre, Sala 1ª, Rec. 1747/2009¹⁴, hi ha certs requisits per aplicar l'aforisme clàssic de *venire contra factum proprium non valet*: en primer lloc, cal una conducta jurídicament rellevant prèvia i conscient de les seves conseqüències; en segon lloc, tal conducta ha de tenir una significació inequívoca i incompatible amb la posterior; i en tercer lloc, les expectatives decebudes per l'actuació posterior han de ser raonables. Tal doctrina no és d'aplicació «en els supòsits en què hi ha error, ignorància, coneixement equivocat o mera tolerància» (STS 28/1995, de 31 de gener, Sala 1ª, Rec. 3104/1991).

Tornant al cas objecte d'estudi, els demandants, quan van contractar, no eren conscients que es tractava d'un producte financer d'alt risc, contrari a les seves expectatives i perfils conservadors de tipus estalviador, de manera que no van efectuar cap acte jurídic que permeti deduir la ratificació del seu consentiment viciat, o comportament que pogués entrar en patent contradicció amb les presents accions. «La percepció de liquidacions en el passat, sota la persistència de l'error, no constitueix un supòsit de confirmació, sinó d'extensió temporal de tal vici de voluntat» (SAP Madrid 373/2017, de 29 de setembre, Sec. 13ª, Rec. 312/2017).

No qualsevol acte posterior confirma un negoci que pateix d'alguna causa d'anul·labilitat, sinó només aquell que s'hagi realitzat pel legítimat per a impugnar-lo, amb *animus* de voler-lo purificar (article 1.311 CCE). En el present cas, els prestataris han pagat les quotes durant diversos anys amb la voluntat no de confirmar el contracte, sinó d'evitar un perjudici tant greu com l'execució de la hipoteca sobre el seu habitatge habitual (SAP Burgos 434/2017, de 14 de setembre, Sec. 3ª, Rec.

¹³ Per contra, la Sra. Eguidazu s'autoatribueix la condició d'advocada *no exercent*, supòsit que encara esdevé menys qualificat que el tractat per la doctrina judicial citada.

¹⁴ I altres resolucions de la mateixa Sala 1ª, com les SSTS 292/2011, de 2 de maig, Rec. 2084/2007; 691/2011, de 18 d'octubre, Rec. 1344/2007; i 285/2012, de 8 de maig, Rec. 1465/2009.

237/2017). Si en ple procés d'execució hipotecària, els Srs. Coarasa-Eguidazu continuen intentant abonar la quantia reclamada, la doctrina judicial aprecia aquest fet com una mostra de responsabilitat (SAP Zamora 192/2017, de 26 de juliol, Sec. 1ª, Rec. 114/2017). L'encadenament de diversos contractes, i el fet que els posteriors siguin encara més gravosos pel client, l'únic que confirmen és el seu propi error, excepte que es provi que s'ha informat correctament de la natura i riscos associats a cada un d'ells (SSTS 19/2016, de 3 de febrer, Sala 1ª, Rec. 3202/2012; i 595/2016, de 5 d'octubre, Sala 1ª, Rec. 540/2013).

1.4. Transparència i clàusules abusives

Respecte de l'**aplicabilitat** de la ja citada **normativa MiFID** al cas (Directiva 2004/39/CE, de 21 d'abril, transposada al Dret intern a través de la Llei 47/2007, de 19 de desembre, que modifica la Llei del Mercat de Valors), s'ha de tenir en compte que el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) elaborà una important Sentència en data 3 de desembre del 2015 (Afer C-312/14, cas *Banif Plus Bank Zrt c. Márton Lantos i Mártonné Lantos*), deixant així sense efectes a la jurisprudència del Tribunal Suprem de 30 de juny del 2015, abans comentada, mitjançant la supremacia de la normativa comunitària i la seva eficàcia directament vinculant per als tribunals hispànics.

D'aquesta manera, els préstecs multidivisa no mereixerien la consideració de productes d'inversió, a efectes de l'aplicació de la normativa MiFID. La finalitat d'aquestes operacions no és dur a terme una inversió, ja que el consumidor únicament pretén obtenir fons per a la compra d'un bé de consum o per la prestació d'un servei i no, per exemple, gestionar un risc de canvi o especular amb el tipus de canvi d'una divisa (*vid.* apartat 57). També, en un contracte de préstec denominat en divises no pot distingir-se entre el contracte de préstec pròpiament dit i una operació de futurs de venda de divises, ja que l'objecte exclusiu d'aquesta és l'execució de les obligacions essencials d'aquest contracte, com les de pagament del capital i dels venciments, «entenent-se que una operació d'aquest tipus no constitueix en si mateixa un instrument financer» (*vid.* apartat 71). Finalment, el TJUE indicà que en l'àmbit d'aquests productes multidivisa, les entitats bancàries no estan sotmeses a les obligacions en matèria d'avaluació de l'adequació o del caràcter apropiat del servei que estan previstes a l'article 19 de la Directiva 2004/39/CE, «sens perjudici de la comprovació que ha d'efectuar l'òrgan jurisdiccional remitent» (*vid.* apartat 75).

La **doctrina judicial ibèrica no ha estat unànime** en aquest sentit, considerant que el fet que hi hagi una Directiva que exclogui del seu contingut a les hipoteques multidivisa, no vol dir que una Llei estatal no les pugui incloure (heus ací l'origen de tal necessitat de *comprovar*, per part de l'òrgan judicial estatal). El Dret intern ha de respectar el contingut mínim de la Directiva, però pot tenir un àmbit d'aplicació més ampli, «permetent la inclusió d'altres instruments financers que la Directiva no inclou» (SAP Palencia 236/2017, de 22 de setembre, Sec. 1ª, Rec. 124/2017; i SAP Valladolid 344/2017, de 18 d'octubre, Sec. 3ª, Rec. 272/2017), resultant procedent la continuïtat de l'argumentació del Tribunal Suprem, de 30 de juny del 2015 (SAP Zamora 216/2017, de 31 de juliol, Sec. 1ª, Rec. 43/2017).

A més, la citada STJUE de 3 de desembre del 2015 examinava un cas sobre la concessió d'un crèdit al consum multidivisa per al finançament de la compra d'un vehicle, i s'ha de tenir present que la Directiva 2008/48, de 23 d'abril, sobre contractes de crèdit al consum, estableix que tal norma no s'aplicarà als contractes de crèdit «garantits per una hipoteca o per altra garantia comparable comunament utilitzada en un Estat membre sobre béns immobles o garantits per un dret relatiu a un bé immoble» (article 2a). Així doncs, el pronunciament del TJUE no resultaria aplicable al cas que

ens ocupa, d'hipoteca multidivisa per l'adquisició d'un habitatge, ja que només fixa un criteri en relació a béns mobles (SAP Granada 286/2017, de 14 de juliol, Sec. 5^a, Rec. 439/2016). La referència que efectua el TJUE sobre l'obligació dels Jutges estatals de *comprovar*, en cada cas concret, si en una hipoteca multidivisa hi ha un servei d'inversió, és precisament el que féu el TS a la resolució de 30 de juny del 2015 (SAP Zamora 192/2017, de 26 de juliol, Sec. 1^a, Rec. 114/2017). S'ha de tenir present també que el deure d'informació de l'article 79 bis de la Llei del Mercat de Valors (LMV) ja es trobava en aquest cos normatiu temps abans que es produís la transposició de la normativa MiFID (SAP Madrid 308/2017, de 15 de setembre, Sec. 11^a, Rec. 951/2016). Així, el Tribunal Suprem podria incloure a la hipoteca multidivisa com un producte derivat i complex, dins de l'àmbit de la LMV, i tal podria ser una de les vies per a impugnar la nul·litat del clausulat multidivisa.

S'ha de remarcar que aquesta argumentació ha tingut un caire secundari, i que l'aplicació *categòrica* de **la tesi del TJUE** ha estat finalment ben rebuda per la jurisprudència de l'Alt Tribunal aquest mateix mes de novembre del 2017, com s'apreciarà tot seguit. Amb anterioritat a tal resolució, va ser remarcable la SAP Barcelona 12/2016, de 19 de gener del 2016, Sec. 19^a, Rec. 513/2014, que ja es pronuncià indicant que les hipoteques multidivisa no són instrument financer derivat ni constitueixen un servei o activitat d'inversió, de manera que no els és d'aplicació la normativa pròpia dels instruments financers derivats ni la LMV. Les operacions de canvi que inclouen es limiten a la conversió de la divisa a la moneda local (en el nostre cas, l'euro), que només serveix per a l'*execució* de les obligacions essencials de pagament del contracte de préstec.

La tècnica jurídica de sol·licitar la nul·litat del préstec a través de la via de la Directiva MiFID ha de quedar doncs descartada, sent convenient de **canalitzar l'acció de nul·litat** mitjançant l'existència de **clàusules abusives** (SAP Oviedo 334/2017, de 3 d'octubre, Sec. 4^a, Rec. 328/2017). Malgrat aquesta afectació, es mantindria *ab initio* el pronunciament de la STS de 30 de juny del 2015, establint que la infracció dels deures d'informació que imposa la normativa no comporta per si sola la nul·litat del contracte, sens perjudici de les sancions administratives que fossin procedents i de l'abast que pogués tenir sobre la validesa del contracte, en la mesura que la falta d'informació pugui provocar un error-vici. Els fonaments de tal tesi trontollaran amb la STS 608/2017, de 15 de novembre, Sala 1^a, Rec. 2678/2015, que serà tractada a continuació.

Com ha precisat el Tribunal Suprem amb gran recència, el pronunciament del TJUE abans citat suposa que les entitats financeres que concedeixen els préstecs en hipoteca multidivisa no estan obligades a realitzar les activitats d'avaluació del client i d'informació prevista en la normativa del mercat de valors. Però no exclou que aquests bancs, quan ofereixen i concedeixen aquests préstecs denominats, representats o vinculats a divises, estiguin subjectes a les obligacions que resulten de la resta de normes aplicables, com són les de transparència bancària. «Tanmateix, quan el prestatari té la consideració legal de consumidor, l'operació està subjecta a la normativa de protecció de consumidors i usuaris, i en concret, a la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors» (STS 608/2017, de 15 de novembre, Sala 1^a, Rec. 2678/2015, FJ 8). Els préstecs hipotecaris denominats en divises són un producte complex, donades les dificultats que un consumidor mitjà pot tenir de la comprensió d'alguns dels seus riscos.

La procedència de realitzar el mencionat **control de transparència**, sobre les clàusules no negociades que regulen l'objecte principal del contracte de préstec denominat en divises, té una fita important en la STJUE de 30 d'abril del 2014 (Afer C-26/13, cas *Kásler i Káslerné Rábai*). Ha cristal·litzat en l'article 4.2 de la Directiva sobre clàusules abusives i els articles 60.1, 80.1 i 82.1 del TRLCU, i és un «paràmetre abstracte de validesa de la clàusula predisposada, quan la condició

general es refereix a elements essencials del contracte. Aquest control de transparència té per objecte que l'adherent pugui conèixer amb senzillesa tant la càrrega econòmica que realment li suposa el contracte celebrat, això és, el sacrifici patrimonial realitzat a canvi de la prestació econòmica que vol obtenir, com la càrrega jurídica del mateix, és a dir, la definició clara de la seva posició jurídica tant en els elements típics que configuren el contracte celebrat, com en l'assignació dels riscos del desenvolupament del mateix» (STS 608/2017, de 15 de novembre, Sala 1ª, Rec. 2678/2015, FJ 14). Però la idea de transparència és sempre una qüestió relativa, que admet graduació. Una major transparència «està relacionada precisament amb la major transcendència dels riscos» que poden sorgir (SAP Barcelona 410/2017, de 19 d'octubre, Sec. 15ª, Rec. 421/2016).

Que les clàusules dels contractes es redactin de manera clara i comprensible no implica només que s'hagi de possibilitar el seu coneixement a través de caràcters tipogràfics llegibles i de redactat comprensible, objecte de control d'inclusió o incorporació, com indiquen els articles 5.5 i 7b) de la Llei 7/1998, de Condicions Generals de la Contractació (LCGC). Les clàusules no poden alterar subrepticiament l'objecte del contracte o l'equilibri econòmic sobre el preu i la prestació, que pugui passar inadvertida per l'adherent mitjà (SAP Madrid 308/2017, de 15 de setembre, Sec. 11ª, Rec. 951/2016). L'exigència de transparència de la Directiva 93/13/CEE obliga a què el contracte hagi d'exposar de manera transparent el motiu i el mode de variació dels possibles costos, de forma que el consumidor pugui preveure, sobre la base de criteris clars i comprensibles, les eventuais modificacions de tals costos (STJUE de 21 de març de 2013, afer C92/2011, cas *RWE Vertrieb AG*).

Aquesta recent resolució del Tribunal Suprem indica categòricament que les obligacions d'informació imposades per l'Ordre de 5 de maig de 1994, que ha estat estudiada amb anterioritat, són aplicables envers l'entitat bancària, perquè la reforma de l'article 48.2 de la Llei 26/1988, sobre disciplina i intervenció de les entitats de crèdit, operada per la Llei 41/2007, de 7 de desembre, ha establert que «la informació relativa a la transparència dels crèdits o préstecs hipotecaris, sempre que la hipoteca recaigui sobre un habitatge, es subministrarà amb independència de la quantia dels mateixos» (també en aquest mateix sentit, SAP Valladolid 344/2017, de 18 d'octubre, Sec. 3ª, Rec. 272/2017). Prèviament a aquesta reforma, el límit per a aplicar la indicada normativa era fixat en un valor del préstec hipotecari superior a 25 milions de les antigues pessetes.

Partint de l'argument desenvolupat pel Tribunal Suprem, el Banco de Ansó S.A. no explicà adequadament als prestataris que les fluctuacions en la cotització de la divisa estrangera respecte de l'euro no només podien provocar oscil·lacions a l'import de les quotes del préstec, «sinó que l'increment del seu import podia arribar a ser tant considerable que posés en risc la seva capacitat d'afrontar el pagament en cas d'una forta depreciació de l'euro respecte de la divisa» (STS 608/2017, de 15 de novembre, Sala 1ª, Rec. 2678/2015, FJ 26), que és justament el que va succeir, trencant amb la visió generalitzada que el pagament de les quotes d'amortització, comprensives de capital i interessos, fan disminuir al capital pendent de ser amortitzat en tots els casos.

1.5. Nul·litat del clausulat multidivisa

Als dos demandants, els Srs. Coarasa i Eguidazu, els interessa de sol·licitar la **nul·litat de la clàusula multidivisa**, i no la nul·litat del préstec en la seva integritat, ja que suposaria una restitució recíproca de les prestacions (SAP Valladolid 324/2017, de 26 de setembre, Sec. 3ª, Rec. 212/2017), i s'hauria de retornar d'una sola vegada la totalitat del préstec, la devolució del qual estava programada en diverses dècades, sent superior l'interès públic associat a la protecció dels consumidors en aquests casos (SAP Palencia 236/2017, de 22 de setembre, Sec. 1ª, Rec. 124/2017).

Com ha afirmat el Tribunal Suprem, «la nul·litat total del contracte de préstec suposa un seriós perjudici pel consumidor, que es veuria obligat a retornar d'una sola vegada la totalitat del capital pendent d'amortitzar, de mode que l'exercici de l'acció de nul·litat per abusivitat de la clàusula no negociada pot perjudicar-li més que el predisposant» (SSTS 608/2017, de 15 de novembre, Sala 1^a, Rec. 2678/2015, FJ 53; i 241/2013, de 9 de maig, Sala 1^a, Rec. 485/2012, relativa a un supòsit de clàusules terra). A partir d'aquí, s'estructurarà una substitució de la clàusula abusiva pel règim contractual previst en el contracte, que estableix la possibilitat que el capital estigui denominat en euros, i que aconsegueix les exigències de l'article 1.170 del Codi Civil Estatal i 312 del Codi de Comerç, i també les finalitats de la Directiva sobre clàusules abusives, que cerca que el consumidor no resulti perjudicat (STJUE de 30 d'abril de 2014, Afer C-26/13, Cas *Kásler i Káslerné Rábai*, aps. 76 a 85). El contingut que resta en el contracte després d'haver eliminat el clausulat multidivisa és separable i reuneix els requisits essencials que precisa el negoci jurídic per a la seva correcta formació: consentiment, objecte i causa (SAP Madrid 308/2017, de 15 de setembre, Sec. 11^a, Rec. 951/2016).

Igualment, el Reial Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel que s'aprova el Text Refós de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris (TRLUC), a l'article 83 afirma que «les clàusules abusives seran nul·les de ple dret i es tindran per no posades. A aquests efectes, el Jutge, prèvia audiència de les parts, declararà la nul·litat de les clàusules abusives incloses en el contracte, el qual, no obstant, seguirà sent obligatori per les parts en els mateixos termes, sempre que pugui subsistir sense les dites clàusules». La nul·litat parcial és doncs una possibilitat legalment prevista, que contemplava també l'anterior regulació de protecció dels consumidors, la Llei 26/1984, de 19 de juliol, a l'article 10. A més, l'article 10 de la Llei 7/1998, de Condicions Generals de la Contractació (LCGC), també ha previst aquest aspecte.

Els dos actors cercaran una **nul·litat parcial radical o de ple dret** del contracte de préstec. És la ineffectivitat absoluta del contracte, que succeeix *ipso iure* i sense necessitat de declaració expressa, malgrat que no pot impedir que en realitat l'acte nul es presenti aparentment com a vàlid i que inclús doni lloc a alguns efectes, que hauran de ser revisats quan la nul·litat sigui declarada¹⁵. De prosperar aquesta petició seria inútil ja l'estudi de la suposada caducitat de l'acció pel transcurs del termini de quatre anys previst a l'article 1.301 del Codi Civil Estatal, «que una pacífica jurisprudència ha vingut circumscriuint als supòsits de nul·litat relativa o anul·labilitat al mateix temps que afirma la seva inaplicabilitat en els casos de nul·litat de ple dret» (SAP Oviedo 334/2017, de 3 d'octubre, Sec. 4^a, Rec. 328/2017). Aquesta és una de les argumentacions possibles (*el contracte ja ha nascut mort*), que posteriorment serà rebutada, havent-se pronunciat el TS al respecte.

Tal nul·litat es pot fonamentar *ab initio* en dues causes diferents. En primer lloc, que l'entitat bancària vulnera en el seu moment normes imperatives relatives a la informació que havia de subministrar (en concret, la Llei del Mercat de Valors i la Llei de Disciplina i Intervenció de les Entitats de Crèdit); i en segon lloc, que ens trobem davant de clàusules abusives, que contravenen als postulats de la Llei de Consumidors i Usuaris i la Llei de Condicions Generals de la Contractació. Sobre la primera *línia d'atac*, convé tenir present la jurisprudència del TJUE, que com hem dit en anterioritat, exclou a les hipoteques multidivisa de la consideració de *productes d'inversió*, de manera que la normativa MiFID queda apartada de l'àmbit del contracte, i per aquest motiu s'ha de **fonamentar la nul·litat** en la segona via, és a dir, **l'al·legació de l'existència de clàusules abusives**.

¹⁵ GOMÁ SALCEDO, José Enrique (2005): *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral. Tomo II: Obligaciones y contratos*. Barcelona, Editorial Bosch, pp. 312-313.

Com ha precisat el Tribunal Suprem, la falta de transparència de les clàusules relatives a la denominació en divisa del préstec i a l'equivalència en euros de les quotes de reemborsament i del capital pendent d'amortitzar, no és innòcua pel consumidor, sinó que provoca un greu desequilibri en contra de les exigències de la bona fe, ja que en ignorar els greus riscos que comportava la contractació del préstec, «no va poder comparar l'oferta del préstec hipotecari multidivisa amb les d'altres préstecs, o amb l'opció de mantenir els préstecs que ja tenien concedits i que van ser cancel·lats» (STS 608/2017, de 15 de novembre, Sala 1ª, Rec. 2678/2015, FJ 43).

Un cop declarada la nul·litat de ple dret de les estipulacions referides a divises, contingudes en el contracte de préstec hipotecari subscrit en escriptura pública el 2 de juny del 2008 (Protocol núm. 2.345), s'ha d'entendre que aquest ha estat des de l'inici en euros, amb aplicació de les condicions que eren previstes per aquest supòsit, referenciant-lo a l'Euríbor. Així, la quantitat que els clients deuen al banc és el saldo viu de la hipoteca referenciada en euros, resultant de disminuir de l'import prestat en euros [320.000 euros, en aquest cas] les quantitats satisfetes fins a la fermesa de la sentència, en concepte de principal i interessos, també convertit en euros (SAP Oviedo 334/2017, de 3 d'octubre, Sec. 4ª, Rec. 328/2017).

Finalment, l'entitat bancària haurà de reintegrar al matrimoni el que aquests haguessin satisfet de més, en data de fermesa de la sentència, respecte del que hauria d'haver estat abonat, si el préstec hagués operat des de bon començament en euros, amb els seus interessos, més l'import de les comissions i despeses satisfetes en base a l'aplicació del sistema de divises. Aquestes quanties es determinaran en fase d'execució, tenint en compte el tipus de canvi existent quan la resolució sigui ferma (article 219 de la Llei d'Enjudiciament Civil). El *petitum* també es podria orientar per a retornar al tipus de canvi vigent en el moment de signatura de l'escriptura, reduint així la incertesa que pot romandre fins aleshores (*vid.* capítol dedicat a les *accions legals*).

El préstec ha de subsistir sense els continguts declarats nuls, entenent que fou per 320.000 euros i que les amortitzacions s'han de realitzar també en euros, segons el tipus d'interès de la Clàusula Tercera (Euríbor a un mes, més un diferencial de 1,00 punt percentual), i l'entitat bancària haurà de fer el recàlcul. En cas que no hagués estat previst aquest sistema de còmput, el mateix òrgan judicial el pot integrar a la resolució, «amb la finalitat de restablir l'equilibri de drets i obligacions de les parts» (SAP Palma de Mallorca 245/2017, de 19 de juliol, Sec. 3ª, Rec. 73/2017), ja que en cas contrari, les entitats bancàries no serien dissuadides d'insertar clàusules de caràcter abusiu cap als consumidors (STJUE de 14 de juny del 2012, Afer C-618/2010, Cas *Banco Español de Crédito S.A. – Banesto- contra Joaquín Calderón Camino*), si bé la jurisprudència de la Unió Europea ha expressat importants constreyniments a la llibertat del Jutge, sobre la potestat d'integració contractual.

Però s'ha de tenir en compte **una altra visió** del contracte i de la nul·litat, que encara no ha estat contemplada. Com ha precisat el Tribunal Suprem a la STS 769/2014, de 12 de gener del 2015, Sala 1ª, Rec. 2290/2012, en la data en què l'art. 1.301 del Codi Civil fou redactat (l'any 1881), l'escassa complexitat que, en general, caracteritzava els contractes permetia que el contractant afligit del vici del consentiment, amb un mínim de diligència, pogués conèixer l'error patit en un moment més primerenc del desenvolupament de la relació contractual¹⁶. Per aquests motius, en relacions contractuals complexes, com són amb freqüència les derivades de contractes bancaris, financers o d'inversió, la consumació del contracte, per a determinar el moment inicial del termini d'exercici de l'acció d'anul·lació del contracte per error o dol, no pot quedar fixada abans que el client hagi pogut

¹⁶ Tot i l'antiguitat de la Llei, el citat precepte només ha estat modificat una sola vegada, l'any 1975, per a suprimir la referència als «contractes fets per dona casada, sense llicència o autorització competent». S'aprecia doncs la qualitat de la tècnica legislativa, que ha perdurat més d'un segle.

tenir coneixement de l'existència de tal error o dol. Aquesta és la tesi principal de l'anomenada *actio nata*, en el marc de la **nul·litat relativa o anul·labilitat**.

El dia inicial del termini d'exercici de l'acció, serà, per tant, «el de suspensió de les liquidacions de beneficis o de meritament d'interessos, el d'aplicació de mesures de gestió d'instruments híbrids acordades pel FROB, o, en general, un altre esdeveniment similar que permeti la comprensió real de les característiques i riscos del producte complex adquirit per mitjà d'un consentiment viciat per l'error» (STS 769/2014, de 12 de gener del 2015, Sala 1ª, Rec. 2290/2012). L'argument del Tribunal Suprem no és doncs el de la *nul·litat radical o absoluta* del clausulat multidivisa, sinó de la *nul·litat relativa o anul·labilitat* d'aquest, incloent a dins d'aquest última possibilitat la nul·litat del consentiment prestat per error, violència, intimidació o dol, tal i com estableixen els articles 1.265 i 1.266 CCE (SAP Madrid 390/2017, de 14 de setembre, Sec. 10ª, Rec. 530/2017). El defecte d'informació no provocarà doncs la nul·litat radical o absoluta del contracte, ja que existeix consentiment, objecte i causa onerosa d'aquest, com preveu l'article 1.261 CCE (STS 379/2017, de 14 de juny, Sala 1ª, Rec. 770/2015, relativa a un contracte de *swap* de divises). Ens trobem, per tant, davant d'un cas de vici en el consentiment per part dels Srs. Coarasa-Eguidazu, que ha de ser resolt a través de la institució de la nul·litat relativa o anul·labilitat.

La dificultat es troba en **determinar el moment clau** en què comença el còmput del termini d'exercici de l'acció de nul·litat (relativa), que l'article 1.301 CCE preveu que serà de quatre anys. El Tribunal Suprem s'ha pronunciat indicant que es tracta d'un termini de caducitat, i no de prescripció (SSTS 1000/2004, de 27 d'octubre, Sala 1ª, Rec. 2878/1998; i 326/2006, de 5 d'abril, Sala 1ª, Rec. 2517/1999), ja que tal construcció atén a «raons de seguretat jurídica i de trànsit que demanda una clara i ràpida definició de la situació jurídica» (STS 843/2006, de 6 de setembre, Sala 1ª, Rec. 4805/1999). El termini de caducitat no admet interrupció possible, a diferència dels terminis de prescripció (SAP València 403/2017, de 26 de juny, Sec. 9ª, Rec. 375/2017).

En aquest cas, els efectes d'aquesta nul·litat es predicarien només del clausulat multidivisa (i de les altres clàusules *abusives*), mentre que les estipulacions no contràries al dret es mantindrien vigents, en base al **principi de conservació del contracte** (*utile per inutile non vitiatur*, o allò vàlid no és viciat per allò invàlid. STS 241/2013, de 9 de maig, Sala 1ª, Rec. 485/2012). Aquest principi ha estat divulgat gràcies al remarcable treball del jurista alemany Rudolph von Ihering (1818-1892), en el marc de l'anomenada *jurisprudència d'interessos* («*Interessendogma*»), que es projectà a l'article 139 del Codi Civil Alemany (BGB)¹⁷. A la Directiva 13/93, a l'article 6.1, s'indica que «[e]ls Estats membres establiran que no vincularan al consumidor, en les condicions estipulades pels seus drets nacionals, les clàusules abusives que figurin en un contracte celebrat entre aquest i un professional i disposaran que el contracte sigui sent obligatori per les parts en els mateixos termes, si aquest pogués subsistir sense les clàusules abusives».

Amb els ajustaments precisos, és a dir, el préstec en euros i referenciat a l'Euríbor més un diferencial d'un punt percentual (com preveu la Clàusula Tercera del primer préstec hipotecari), el negoci pot subsistir, possibilitat aquesta que ja era prevista a l'escriptura mateixa. Per tant, amb la nul·litat parcial i la separació dels elements *viciats*, romandran encara els elements essencials per al bon funcionament del contracte, sense que sigui necessària l'emissió d'una nova voluntat (SSTS 727/1987, de 12 de novembre, Sala 1ª, Rec. no disponible; 241/2013, de 9 de maig, Sala 1ª, Rec. 485/2012; i 769/2014, de 12 de gener del 2015, Sala 1ª, Rec. 2290/2012. Igualment, STJUE de 30 d'abril de 2014, anteriorment citada).

¹⁷ GOMÁ SALCEDO, José Enrique (2005): *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral. Tomo II: Obligaciones y contratos*. Barcelona, Editorial Bosch, pp. 320-321.

La doctrina judicial ha mostrat diverses formes de **combatre la caducitat de l'acció**, perquè encara no ha transcorregut el temps necessari. La consumació d'aquest tipus de contractes té lloc quan es produeix la realització o el compliment de totes les obligacions recíproques, de forma que consistint els pagaments en prestacions periòdiques, el termini de caducitat no es pot iniciar fins el moment en què tals prestacions han deixat de tenir virtualitat, essent subjectes a nombroses vicissituds (SAP Madrid 36/2017, de 10 de febrer, Rec. 667/2016). Per la forma de calcular les quotes referenciades a un índex que varia, només el compliment de totes les prestacions pot determinar la caducitat de l'acció, de manera que no ha vençut el contracte en el moment en què es presenti la demanda, perquè aquest tenia una durada de vint anys, i «és clar que l'acció no estava caducada» (SAP Madrid 373/2017, de 29 de setembre, Sec. 13ª, Rec. 312/2017). És una solució certament atrevida.

Es pot argumentar que en un contracte de préstec, de llarga vigència temporal, subjecte a oscil·lacions i fluctuacions, que depèn de complexos factors, que es projecten inclús sobre el capital inicial, no pot prendre's com a referència ni els pagaments mensuals, ni la signatura de la carta remesa per l'entitat bancària, «doncs no suposa un coneixement cabal i complet del significat econòmic i jurídic del contracte» (SAP Salamanca 423/2017, de 28 de setembre, Sec. 1ª, Rec. 261/2017). Tampoc el pagament de la primera quota fixa del préstec pot revelar error, perquè la finalitat de la contractació del producte persegueix tal finalitat de pagar una quota fixa del préstec (STS 153/2017, de 3 de març, Sala 1ª, Rec. 1797/2014).

Però sí que es pot tenir en compte el fet que els clients realitzessin un canvi en la divisa en la qual es trobava referenciat el préstec, essent l'últim d'aquests canvis «el moment en què de manera més fiable pot convenir-se que prengueren ple coneixement del producte i les seves conseqüències», i per tant, el *dies a quo* del còmput del termini de caducitat (SAP Madrid 308/2017, de 15 de setembre, Sec. 11ª, Rec. 951/2016; i SAP Madrid 267/2017, de 11 de setembre, Sec. 18ª, Rec. 408/2017). En sentit contrari, s'ha pronunciat la SAP Salamanca 385/2017, de 4 de setembre, Sec. 1ª, Rec. 247/2017, que ha ponderat el fet que els consumidors haguessin estat pagant durant catorze anys la quota mensual, i que els tres canvis de divisa (efectuats en els anys 2002, 2003 i 2004) impliquessin un impacte *absolutament desfavorable* per a l'economia domèstica, revelant així «el seu total desconeixement, sobre les conseqüències jurídiques i econòmiques del producte».

La doctrina judicial també ha fixat aquest *moment clau* en la data en què el Banc Central de Suïssa decidí de canviar el tipus de canvi mínim del franc suís davant l'euro, provocant així una revalorització del 30% de la divisa helvètica, i causant un gran encariment de les quotes del préstec que havia estat concertat (SAP Palma de Mallorca 245/2017, de 19 de juliol, Sec. 3ª, Rec. 73/2017). No ha estat aquest el nostre cas, ja que els Srs. Coarasa-Eguidazu van acabar subscriuint un altre contracte de préstec per a afrontar les nefastes conseqüències del primer negoci jurídic. Però s'ha d'anar en compte amb aquest fet, ja que algun òrgan judicial podria entendre que és aquest el moment en què els consumidors adquiriren el coneixement de les característiques del contracte i dels riscos que implicava el tipus d'hipoteca contractat en divisa estrangera, exposant-nos a una caducitat de l'acció.

En aquest sentit, s'ha pronunciat la SAP Madrid 390/2017, de 14 de setembre, Sec. 10ª, Rec. 530/2017, que considerarà que la novació del préstec per a augmentar-ne el termini de pagament és una mostra de *cabal coneixement del risc*; Igualment, la SAP Vigo 372/2017, de 26 de juliol, Sec. 6, Rec. 63/2017, ha valorat una ampliació del capital prestat per a afrontar la variació perjudicial del tipus de canvi, que després fou reforçada amb un canvi de divisa de iens a euros, com el *dies a quo* de la caducitat de l'acció. Si el matrimoni Coarasa-Eguidazu subscrigué tal préstec extraordinari en data 31 de març de 2010, el termini de quatre anys de caducitat de l'acció ja hauria transcorregut, derivant en l'extemporaneïtat de la demanda que puguin presentar.

Versant sobre l'article 1.301 CCE, les normes han de ser aplicades atenent a la realitat social del temps (article 3 CCE). No es pot privar de l'acció a qui no ha pogut exercir-la per causa que no li és imputable, com és el desconeixement dels elements determinants de l'existència de l'error en el consentiment. Igualment, el fet de pagar les quotes periòdicament, no suposa que els prestataris estiguin admetent les clàusules abusives o que la informació subministrada no és deficient (SAP Toledo 520/2017, de 27 de setembre, Sec. 2ª, Rec. 293/2016).

De fet, en la majoria de casos la informació que proporciona l'entitat bancària al client es basa en la quota d'amortització (i el seu contravalor en euros), liquidació d'interessos, tipus de canvi aplicable, comissions i despeses, però en cap cas inclou informació sobre el capital pendent en el seu contravalor en euros (tal i com succeeix amb l'extracte del Banco de Ansó, S.A., en el document núm. 4), que és l'aspecte veritablement important, per a entendre l'abast del tipus de canvi sobre l'endeutament real. Tampoc el fet que el prestatari pugui tenir accés a un lloc web *més o menys restringit*, amb la informació presumptament disponible, implica que efectivament hi hagi entrat (SAP Valladolid 324/2017, de 26 de setembre, Sec. 3ª, Rec. 212/2017). I si hi ha accedit, per moltes consultes *online* que hi hagi fet, pot ser que no tinguin res a veure amb el préstec hipotecari (SAP Zamora 192/2017, de 26 de juliol, Sec. 1ª, Rec. 114/2017).

Per tot l'exposat, podem entendre que la **data de l'escrit** que la part actora (Srs. Coarasa-Eguidazu) dirigeixi a l'entitat bancària, buscant de **solucionar extrajudicialment** l'afer, i en cas contrari, sol·licitant determinada documentació per a efectuar la reclamació judicial pertinent, és el moment d'inici del còmput dels quatre anys de caducitat anteriorment exposats, que regula l'article 1.301 CCE (SAP Palencia 236/2017, de 22 de setembre, Sec. 1ª, Rec. 124/2017), essent aquesta la solució més plausible. La segona possibilitat que resultaria també acceptable és establir el *dies a quo* de la caducitat de l'acció en data 8 de gener del 2016, quan l'entitat bancària declara el primer préstec vençut, mitjançant una comunicació per telegrama als Srs. Coarasa-Eguidazu. La integració de la resta de les clàusules per a la preservació del contracte i a la recerca de l'equilibri de drets i obligacions entre les parts, un cop expulsades les estipulacions multidivisa, és un aspecte que ja ha estat tractat prèviament, que comportarà el mateix resultat entre ambdós tipus de nul·litat estudiats.

Davant de la possibilitat que es consideri que l'acció ha estat caducada, a causa del transcurs del període de quatre anys de l'article 1.301 CCE (partint d'un *dies a quo* apreciat pel Tribunal en una data massa primerenca), s'interposarà **de forma subsidiària l'acció de nul·litat absoluta** o de ple dret, en considerar que s'han vulnerat normes prohibitives d'ordre públic, contingudes a la Llei de Consumidors i Usuaris (article 83 TRLCU), la Llei de Condicions Generals de la Contractació (article 9 LCGC) i la Directiva europea 93/13 (SAP Valladolid 344/2017, de 18 d'octubre, Sec. 3ª, Rec. 272/2017). Aquesta via no resulta prou admesa pels Tribunals, però convé de tenir-la disponible, ja que pot ser decisiva per a guanyar el plet. La nul·litat radical no està subjecta a cap termini de prescripció o caducitat, ni és susceptible de cura i convalidació, segons ha establert la jurisprudència del Tribunal Suprem (STS 675/2015, de 25 de novembre, Sala 1ª, Rec. 1607/2012).

1.6. Accions legals

És preferible que el matrimoni iniciï les accions legals oportunes, abans que l'entitat bancària insti l'execució hipotecària, ja que es podria produir el llançament del domicili en el qual estan vivint actualment, quan s'executi l'habitatge que actua de garantia. Indica l'article 704.1 LEC, intitulat *Ocupants d'immobles que s'hagin de lliurar*, que «Quan l'immoble la possessió del qual s'hagi de lliurar fos habitatge habitual de l'executat o dels qui d'ell depenguin, el Secretari judicial els hi donarà un termini d'un mes per a desallotjar-lo. D'existir motiu fonamentat, podrà prorrogar-se tal

termini un mes més. Transcorreguts els terminis assenyalats, es procedirà d'immediat al llançament, fixant-se la data d'aquest en la resolució inicial o en la que s'acordi la pròrroga». Per tant, un cop s'hagués determinat judicialment la procedència del llançament, el matrimoni només disposaria d'un màxim de dos mesos per a continuar vivint al dit immoble.

Però s'han de tenir en compte les últimes reformes legislatives, ja que els Srs. Coarasa-Eguidazu són deutors majors de seixanta anys (tenen 68 i 61 anys, respectivament), i es poden acollir a la reforma de l'article 1 de la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per a reforçar la protecció dels deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social¹⁸, i que estableix una **prohibició de llançament** de determinats perfils de deutors, entre els quals es podrien incloure els presents. Hauran d'acomplir els requisits de l'apartat tercer del dit precepte, que semblen ajustar-se bé al cas: en primer lloc, ingressos de la unitat familiar que no superin el límit de tres vegades l'IPREM, en còmput de catorze pagues; en segon lloc, que en els quatre anys anteriors a la sol·licitud no hagin sofert una alteració significativa a les seves circumstàncies econòmiques; en tercer lloc, que la quota hipotecària resulti superior al 50% dels ingressos nets que percebi el conjunt de la unitat familiar¹⁹; i en quart lloc, que es tracti d'un crèdit o préstec garantit amb hipoteca que recaigui sobre l'únic habitatge en propietat del deutor i concedit per l'adquisició del mateix. Aquesta reforma continuarà vigent fins que hagin transcorregut set anys des de l'entrada en vigor de la Llei 1/2013, gràcies al Reial Decret-Llei 5/2017, de 17 de març, de manera que l'impossibilitat d'efectuar el llançament durarà fins el 15 de maig de l'any 2020.

Un altre factor rellevant per a presentar la demanda és el còmput del termini de caducitat de l'acció (article 1.301 CCE), que com s'ha exposat anteriorment comença en el moment en què els Srs. Coarasa-Eguidazu requereixin a l'entitat bancària de resoldre l'afer extrajudicialment, reservant-se les accions legals oportunes. Però també es pot iniciar aquest còmput quan el prestamista declari vençut el préstec de forma anticipada, davant l'impagament de les quotes mensuals (SAP Las Palmas 261/2017, de 30 de juny, Sec. 5ª, Rec. 196/2015). Sempre és preferible d'**intentar resoldre l'afer de forma pactada**, abans de dirigir-nos a l'òrgan judicial.

En cas que l'execució hipotecària hagués avançat de forma més ràpida, i els deutors es trobessin en perill de llançament, la via més factible és emprar l'article **695 LEC** per a oposar-s'hi. Fins fa relativament poc temps, la regulació era restrictiva en les possibilitats, cercant de no demorar el dret del creditor a percebre allò que se li deu. Els advocats inclús utilitzaven el seu enginy per a invocar l'article 697 LEC, referent a la prejudicialitat penal, amb un resultat de nombroses querelles per falsedat²⁰. Però el primer precepte ha estat modificat per la Llei 1/2013, de 14 de maig, que ha establert una **causa d'oposició** del deutor en «El caràcter abusiu d'una clàusula contractual que constituís el fonament de l'execució o que hagués determinat la quantitat exigible» (apartat 1.4).

L'esmentada oposició es presentarà davant l'òrgan judicial que hagués dictat l'ordre general d'execució, suspent-se provisionalment per resolució del Lletrat de l'Administració de Justícia, havent de transcórrer quinze dies des de la citació per a celebrar la compareixença davant del Jutge, en què les parts seran escoltades i presentaran els documents pertinents. Dos dies després, s'acordarà a través d'interlocutòria el sobreseïment de l'execució, en cas que la clàusula abusiva sigui fonament de l'execució. Si no fos el cas, es continuaria amb l'execució, inaplicant la clàusula

¹⁸ Reforma operada pel Reial Decret-Llei 1/2015, de 27 de febrer, de mecanisme de segona oportunitat, reducció de càrrega financera i altres mesures d'ordre social.

¹⁹ Els únics ingressos que ara mateix rep el matrimoni són la prestació de desocupació de la Sra. Eguidazu, de 940 euros, sobre la qual no s'aplica cap tipus de retenció.

²⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis (2012): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo VI: Derechos Reales*. Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, pp. 484-486.

abusiva (apartat tercer). Per tot l'exposat, coneixent que el clausulat multidivisa és abusiu, i que sense el gran encariment del préstec originat per tals estipulacions contràries a la *bona fides*, els Srs. Coarasa-Eguidazu haguessin pogut intentar anar pagant les quotes, sense haver de témer per la pèrdua del seu habitatge, es pot sol·licitar el sobreseïment sense problemes, en un principi. Si aquest es produeix, l'entitat bancària efectuarà un recurs d'apel·lació, en disconformitat.

Davant l'eventual fracàs de les negociacions, és convenient que el matrimoni presenti la demanda al **Jutjat Mercantil** competent territorialment (de la província de Barcelona) el més ràpid possible, evitant així el transcurs del termini de quatre anys de l'article 1.301 CCE, que impediria que l'acció pogués ésser iniciada. Amb anterioritat, l'òrgan judicial competent hagués estat un dels de Primera Instància de Sabadell, però la reforma de l'article 86 ter d) de la Llei Orgànica del Poder Judicial, operada per la Llei Orgànica 7/2015, de 21 de juliol, ha tingut efectes significatius, reservant als Mercantils «[l]es accions relatives a condicions generals de la contractació en els casos previstos en la legislació sobre aquesta matèria» (SAP Barcelona 370/2017, de 12 de juliol, Sec. 11^a, Rec. 145/2015).

La demanda s'haurà d'instar en el marc del **procediment ordinari**, de quantia indeterminada. Trobem els fonaments a l'article 249 LEC, que indica que correspondran al judici ordinari «les demandes en què s'exerceixin accions relatives a condicions generals de la contractació en els casos previstos en la legislació sobre aquesta matèria» (apartat 1.5). Igualment, a l'apartat segon de l'esmentat precepte, s'indica que també formaran part d'aquesta modalitat les demandes que tinguin una quantia superior a 6.000 euros, com resulta en el present cas. Sobre la designació de **quantia indeterminada**, és d'interès l'article 251 LEC, que estableix que tal qualificació resultarà procedent si la quantia no es determina o ho està *en forma relativa*. Quan es dicti sentència, en cas que s'estimi el *petitum* principal, es determinaran les quantitats amortitzades en concepte de principal i interessos que els Srs. Coarasa-Eguidazu han pagat (actualment, per la informació proporcionada no es poden saber), restant-ho al capital inicialment prestat (320.000 euros) i s'obligarà a l'entitat bancària titular del dret de crèdit a elaborar un quadre d'amortització per a les operacions que restin. Queda clar, doncs, l'estat *indeterminat* de la quantia, pendent d'arribar a la fase d'execució.

Així, cal que els actors realitzin una demanda conjunta contra el Banco de Ansó S.A. i Creditum S.A., *d'acció de nul·litat del clausulat multidivisa*. Es farà efectiva en el marc de la figura del **litisconsorci passiu**, regulada a l'article 12 LEC: «(1) Podran comparèixer en judici diverses persones, com a demandants o com a demandats, quan les accions que s'exerceixin provinguin d'un mateix títol o causa de demanar. (2) Quan per raó del que sigui objecte del judici la tutela jurisdiccional sol·licitada només pugui fer-se efectiva davant de diversos subjectes conjuntament considerats, tots ells hauran de ser cridats, com a litisconsorts, excepte que la llei disposi expressament altra cosa».

Ab initio, davant de la possibilitat que si no fos citada una de les entitats bancàries el procediment no pogués desplegar tots els seus efectes, s'ha de realitzar una demanda conjunta contra ambdues. Actualment, Creditum S.A. és la titular del dret de crèdit, però els vicis en el consentiment que han de comportar la nul·litat del clausulat multidivisa són responsabilitat de l'actuació del Banco de Ansó, que és amb qui van contractar els particulars afectats. Creditum adquirí el dret de crèdit amb unes determinades expectatives de guanys, que després es veurien fortament afectades, amb la possibilitat d'originar-se un litigi entre ambdues entitats bancàries, per a recuperar les pèrdues.

En aquest sentit, s'aprecia la *connexió* jurídica o causal, amb el mateix títol (préstec multidivisa) i *causa petendi* (l'acció de nul·litat), que fa necessària la demanda conjunta dels bancs, donat el seu interès en la controvèrsia i per vetllar pel respecte al principi d'economia processal, però sobretot,

per a evitar que es produeixi indefensió i es dictin resolucions contradictòries²¹. A més, a la celebració de la vista hauran de declarar els treballadors del Banco de Ansó que van promoure la contractació del préstec multidivisa (Sr. Manrique i Sra. Ares Muñoz), i és una forma més eficient de garantir la seva presència si l'entitat bancària resulta demandada, i no que es limitin a ser simples *testimonis*. Un cop avançat el procés civil, si només hagués estat demandada Creditum S.A., aquesta podria oposar-se a la continuació al·legant una errònia constitució del litisconsorci passiu, derivant en la nul·litat de les actuacions existents (art. 225 LEC), amb un retard considerable (en invocar-ho a l'audiència prèvia)²² i exposant-nos més a la caducitat de l'acció. Finalment, si recau una sentència ferma en contra del Banco de Ansó, aquest pot haver d'assumir les responsabilitats administratives que ha originat el seu incompliment (per exemple, sancions de la CNMV).

Pel principi de *facilitat probatòria* de l'article 217.7 LEC²³, el Banco de Ansó S.A. haurà de demostrar en el procés que acomplí en deguda forma el deure d'informació prenegocial, i en cas d'haver-lo infringit, tot i que no es produiria la nul·litat radical del negoci immediatament, aquest fet pot tenir una influència decisiva en la formació del consentiment negocial dels clients, que són consumidors inexperts en productes financers complexos, i derivar en la conseqüent concurrència d'un vici invalidant. En aquesta demanda, **el petitum** estarà compostat dels següents apartats (*vid.* STS 608/2017, de 15 de novembre, Sala 1ª, Rec. 2678/2015, amb un interessant desplaçament doctrinal):

- a) Que es declari la nul·litat parcial de l'acord subscrit en escriptura pública el 2 de juny del 2008 (Protocol núm. 2.345), en els continguts relatius al clausulat multidivisa²⁴, declarant que la quantitat deguda és el saldo viu de la hipoteca referenciat a euros, en la paritat existent en data 2 de juny del 2008, resultant de disminuir a l'import prestat de 320.000 euros la quantitat amortitzada en concepte de principal i interessos també en euros, condemnant solidàriament al Banco de Ansó S.A. i a Creditum S.A. a estar i passar per aquesta declaració, assumint totes les despeses que d'ella es derivessin. Es mantindrà vigent la resta del clausulat del préstec hipotecari aplicant un tipus d'interès variable equivalent a l'Euríbor més 1,00 punt percentual. Creditum S.A. haurà de presentar un quadre d'amortització inicial i un altre de final per a determinar els interessos indeguts que hauran de ser restats del total de la quantia deguda. Es condonarà la resta del deute que s'hagi incrementat per la variació de la paritat ien/euros, quantitats tals que constituïran els danys i perjudicis soferts pels meus mandants.
- b) Que es declari la nul·litat total de l'acord subscrit en escriptura pública el 31 de març del 2010, per a ser un negoci jurídic atorgat a conseqüència de l'opció multidivisa existent en l'escriptura de 2 de juny del 2008.²⁵ El motiu radica en l'article 1.276 CCE, ja que el vici del consentiment

²¹ VIDAL PÉREZ, Mª Fernanda (2007): *El litisconsorcio en el proceso civil*. Las Rozas (Madrid), La Ley – Wolters Kluwer, pp. 106-107.

²² VIDAL PÉREZ, Mª Fernanda (2007): *El litisconsorcio...*, pp. 298-230.

²³ Pot sorprendre que la càrrega de la prova es reguli a la LEC en l'apartat dedicat a la sentència, i no en l'apartat dedicat a la prova. Això succeeix perquè les normes pròpies sobre la càrrega de la prova atenen a allò que ha de dur a terme el tribunal per a dictar sentència, en relació a la declaració de fets provats.

²⁴ Com s'ha exposat anteriorment, la primera via per a sol·licitar la nul·litat serà l'existència de vicis en el consentiment, fet que ens limita el termini per a interposar l'acció a només quatre anys, amb el risc que resultés caducada, segons el *dies a quo* que sigui admès pel Tribunal. Però s'ha de recordar que aquesta és la via més utilitzada pels Tribunals. Subsidiàriament, es pot predicar la nul·litat de ple dret de les disposicions multidivisa, per a ser clàusules abusives que vulneren a la normativa de protecció de consumidors i usuaris, i de condicions generals de la contractació (normes d'*ordre públic*), no havent-hi un límit temporal per a interposar l'acció de nul·litat en aquest cas.

²⁵ En aquest sentit, *vid.* SAP Palma de Mallorca 214/2017, de 14 de juliol, Sec. 5ª, Rec. 224/2017, en què es confirma la declaració de nul·litat de l'escriptura de novació del préstec hipotecari multidivisa que s'havia contractat inicialment, suposant una ampliació del termini de pagament en deu anys més.

del primer contracte (o la vulneració d'una norma d'*ordre públic*), és assimilable a una *causa falsa* pel segon: «l'expressió d'una causa falsa en els contractes donarà lloc a la seva nul·litat».

- c) Subsidiàriament, i pel cas que no s'estimés la nul·litat parcial de les referides clàusules multidivisa, en considerar que no podria subsistir un préstec convencional, aquesta part interessa que es declari la nul·litat del contracte de préstec multidivisa amb garantia hipotecària, subscrit en escriptura pública en data 2 de juny del 2008, i que es condemni a l'entitat bancària Creditum S.A. a atorgar un préstec hipotecari tradicional en euros, aplicant les mateixes condicions pactades en la citada escriptura en matèria d'interessos, que es fixaran a l'Euríbor més 1,00 punt. D'aquesta manera, es permet que els meus mandants accedeixin a finançament extern per a retornar la suma del capital principal, a causa de la declaració de nul·litat total que l'obligaria a restituir en la seva integritat, *ex* article 1.303 CCE. Al mateix temps, aquesta part sol·licita que es declari la nul·litat total del segon contracte de préstec, com s'ha exposat prèviament.
- d) Subsidiàriament, en cas que no siguin admeses les anteriors sol·licituds, que es declari resolt el primer contracte (1.124 CCE) en la part referida a l'instrument financer sobre el mecanisme multidivisa, amb condemna al pagament en concepte d'indemnització dels danys i perjudicis causats, consistents en la pèrdua soferta per raó de tal mecanisme fins a la data de la sentència, seguint els criteris establerts a la pericial aportada sobre l'incompliment causat per l'entitat bancària de les obligacions de diligència i de bona fe²⁶, i a la pèrdua sobrevinguda de la causa del contracte. En el mateix sentit, que es declari resolt el segon contracte de préstec hipotecari, per a pèrdua sobrevinguda de la causa del contracte.
- e) Subsidiàriament, en cas que no siguin admeses les anteriors sol·licituds, que es condoni part del deute pendent de pagament, corresponent a la modalitat multidivisa, en aplicació de la clàusula *rebus sic stantibus*, o segons les pautes indicades amb anterioritat o el millor criteri del Jutjador, i això en el cas que es considerés que les entitats demandades no podien preveure el canvi radical i sobrevingut de les circumstàncies econòmiques que havien donat lloc a la subscripció del producte.
- f) Que es condemni a les entitats demandades al pagament de les costes causades en el procediment present, d'acord amb l'article 394 de la LEC, en tots els casos anteriorment exposats. I finalment, que a través de les diligències pertinents d'auxili judicial, s'inscriui la Sentència resultant al Registre de la Propietat per tal que desplegui tots els seus efectes públics.

Respecte a la possibilitat esmentada a la lletra d), el Tribunal Suprem s'ha expressat indicant que no és procedent una **acció de resolució** del contracte per incompliment, en els termes de l'article 1.124 CCE, «donat que l'incompliment, per la seva pròpia natura, ha de venir referit a l'execució del contracte, mentre que aquí el defecte d'assessorament hauria afectat a la prestació del consentiment» (STS 491/2017, de 13 de setembre, Sala 1^a, Rec. 242/2015). La falta d'informació es connecta amb la fase precontractual de formació de la voluntat, prèvia a la celebració del contracte, i incideix sobre la seva prèvia validesa. L'incompliment de tal deure no pot tenir efectes resolutoris, ja que la resolució s'esdevé en una fase posterior, quan es produeix l'incompliment d'una obligació contractual. Així doncs, estructurar aquest *petitum* subsidiari pot tenir poc recorregut, però no per aquest motiu se l'ha de rebutjar.

Segons la STJUE de 14 de juny del 2012, Afer C-618/2010, Cas *Banco Español de Crédito S.A. –Banesto– contra Joaquín Calderón Camino*, és contrari a la Directiva 93/13 que la normativa d'un Estat membre

²⁶ Aquesta pericial econòmica demostrarà que una hipoteca multidivisa no és un producte financer adequat per a finançar contractes a llarg termini, com el present, a causa de l'alta volatilitat dels tipus de canvi, destacant la molt difícil comprensió per un consumidor mitjà dels mecanismes que la componen.

atribueixi al Jutge del país, quan aquest declara la nul·litat d'una clàusula abusiva en un contracte celebrat entre un professional i un consumidor, **la facultat d'integrar el contracte**, mitjançant la modificació del contingut de la clàusula abusiva. Per tant, aquesta prohibició d'integració obliga a expulsar la clàusula abusiva del contracte, tenint-la *per no posada*, i si el contracte no pot subsistir sense aquest element, aleshores és procedent de sol·licitar la nul·litat del negoci jurídic en la seva totalitat.

Així doncs, el *petitum* no pot ser orientat cap a una integració contractual dels preceptes restants (SAP Barcelona 692/2017, de 20 d'octubre, Sec. 4ª, Rec. 1323/2016). L'entitat bancària intentarà que aquesta tesi sigui admesa en relació a la continuïtat del préstec referenciat a l'Euríbor més 1,00 punt percentual, considerant que s'està realitzant una *ficció* d'equiparar un préstec en moneda estrangera per un altre en euros, però l'argumentació es pot combatre fàcilment, ja que la possibilitat d'emprar tal índex, amb aquest interès suplementari, consta a la mateixa escriptura de préstec hipotecari (SAP Valladolid 344/2017, de 18 d'octubre, Sec. 3ª, Rec. 272/2017).

En matèria de **cessió dels crèdits** hipotecaris, convé d'estudiar si s'ha produït un incompliment per part de les entitats bancàries, ja que podria tractar-se d'una *línia d'atac* interessant en el moment de presentar la demanda. El Bancó de Ansó S.A. transmeté el dret real de les dues hipoteques constituïdes al seu favor a Creditum S.A., amb inscripció al Registre de la Propietat el 2 de març del 2016, i comunicant tals cessions al matrimoni Coarasa-Eguidazu, de forma fefaent, el 2 de juliol del 2016, és a dir, quatre mesos després. L'article 151 de la Llei Hipotecària indica que si s'omet d'informar al deutor de la cessió del crèdit hipotecari, «serà el cedent responsable dels perjudicis que pogués sofrir el cessionari per conseqüència d'aquesta falta».

Però les responsabilitats no esdevenen a la pràctica tant *genèriques*. Els crèdits hipotecaris són essencialment alienables, esdevenint la cessió un negoci bilateral²⁷. L'article 243 del Reglament Hipotecari preveu que es pugui inscriure en el Registre el document de cessió, havent omès la notificació al deutor, introduint «la corresponent nota marginal» un cop s'hagi comunicat. En aquest sentit, la notificació no és un requisit essencial per a la cessió del crèdit, però sí que ho és per a la seguretat de l'adquisició. A més, per via de l'article 242 del Reglament hipotecari, els deutors podrien haver renunciat a l'escriptura d'hipoteca a ser notificats de la cessió, i aquest fet resultaria legalment admissible, si bé un sector important de la doctrina s'ha pronunciat en contra.

Mitjançant l'article 176 del Reglament hipotecari, la falta de constància en el mateix Registre que s'hagi notificat al deutor conduirà que aquest últim pot procedir a la cancel·lació de la hipoteca (o fer els oportuns ingressos de les quotes trimestrals) amb el document que acredita el pagament al cedent, sense que calgui el consentiment d'aquest, ja que no és titular registral, ni del cessionari. Però si el cessionari aconsegueix provar que el deutor estava assabentat de la cessió, podrà dirigir-se contra aquest, l'actuació de *mala fides* del qual li obligarà a fer dos pagaments, sens perjudici que durant aquest temps hagi decaïgut la garantia hipotecària²⁸. Per tot l'exposat, no s'aprecien en el present cas circumstàncies que permetin la seva impugnació per via judicial, un cop els Srs. Coarasa-Eguidazu han estat degudament informats de la nova titularitat del dret de crèdit.

La clàusula pactada per **l'interès de demora**, que es troba en l'escriptura de constitució del segon préstec hipotecari, ha de ser declarada nul·la, com s'apreciarà a continuació. Aquesta estableix que els interessos de demora ascendiran al tipus que resulti d'incrementar en 10,00 punts el tipus d'interès ordinari que es meriti en cada moment; en altres paraules, en el primer any, els interessos

²⁷ Díez-PICAZO, Luis (2012): *Fundamentos...*, pp. 436-437.

²⁸ ANDERSON, Miriam (1999): *La cesión de créditos hipotecarios. Requisitos para la transmisión-adquisición*. Barcelona, Cedecs Editorial, pp. 116-131.

de demora seran del 16%, i a partir d'aleshores, aquests quedaran fixats en l'Euríbor més 12,50 punts, una xifra que a simple vista ja es pot apreciar com a molt gravosa.

Els interessos moratoris són aquells que tenen per finalitat la indemnització o el rescabament del dany causat al creditor pel retard en el compliment d'una obligació pecuniària, la *mora debitoris*. En canvi, els interessos remuneratoris neixen del contracte i vencen inexorablement segons els terminis pactats²⁹. Per raons òbvies, serà necessari que els primers acompleixin els pressupòsits necessaris per a apreciar l'existència de mora del deutor: exigibilitat del deute, retard del deutor en el pagament d'una quantitat de diners i intimidació al deutor en els casos en què sigui necessària, entre altres aspectes³⁰. La fixació dels interessos moratoris no podrà superar determinats llindars, que busquen d'evitar les pràctiques usuràries, i que tenen el precedent més antic en la Llei Repressiva de la Usura, de 23 de juliol de 1908, més coneguda com a *Llei Azcárate*, en homenatge al seu principal promotor³¹. La llei no fixa una taxa d'interès, sinó que estableix uns criteris, que empraran els Tribunals per a declarar tal qualificació.

És rellevant la previsió constitucional de l'article 51 CE, de protecció dels consumidors i usuaris, i sobretot dins de la protecció dels legítims interessos econòmics dels mateixos. En aquest sentit, la Llei de Protecció dels Consumidors i Usuaris i la Llei de Condicions Generals de la Contractació han fet passos importants en la declaració de nul·litat de les condicions abusives, que poden recaure sobre els crèdits (articles 83 TRLCU i 8 LCGC). S'inclouen així els casos d'usura coberts per la *Llei Azcárate*, amb un fonament tant humil com l'article 1.258 CCE («Els contractes es perfeccionen pel simple consentiment, i des d'aleshores obliguen, no només al compliment d'allò expressament pactat, sinó també a totes les conseqüències que, segons la seva natura, siguin conformes a la bona fe, a l'ús i a la llei»).

En el present cas, uns interessos de demora que són superiors en deu punts als interessos nominals, poden tenir la qualificació d'abusius i predicar-se la seva nul·litat. Per apreciar-ne la seva gravetat, resulta il·lustratiu l'article 576 de la Llei d'Enjudiciament Civil (LEC), sobre els *interessos de la mora processal*: «(1) Des que fos dictada en primera instància, tota sentència o resolució que condemni al pagament d'una quantitat de diners líquida determinarà, en favor del creditor, el meritament d'un interès anual igual al de *l'interès legal del diner incrementat en dos punts* o el que correspongui *per pacte* de les parts o per disposició especial de la llei.(...)». Evidentment, un valor molt més baix que el del cas objecte d'estudi. Però el precepte realment important és l'article 114 de la Llei Hipotecària (LH), que esdevé el límit màxim imperatiu: «Els interessos de demora de préstecs o crèdits per a l'adquisició d'habitatge habitual, garantits amb hipoteques constituïdes sobre el mateix habitatge, no podran ser superiors a tres vegades l'interès legal del diner i només podran meritament sobre el principal pendent de pagament» (tercer paràgraf, fragment).

Actualment, l'interès legal del diner es troba fixat en 3,00 punts percentuals, com indica la Llei de Pressupostos Generals de l'Estat per a l'any 2017 (Disposició Addicional 44^a, de conformitat amb el disposat a l'article 1 de la Llei 24/1984, de 29 de juny, sobre modificació del tipus d'interès legal del diner). Així, el triple de l'interès legal es troba en 9,00 punts percentuals, i es pot detectar doncs l'incompliment legal que provoca la dita clàusula del segon contracte de préstec. Un cop els

²⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis (2012): *Fundamentos...*, pp. 408-410.

³⁰ ORDÁS ALONSO, Marta (2004): *El Interés de Demora*. Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, p. 33.

³¹ Segons el mateix catedràtic i Diputat Gumersindo de Azcárate, en un discurs pronunciat durant els tràmits legislatius: «esta proposición de ley no va contra el principio de libertad de interés, no marca directa ni indirectamente la tasa, no es ese su objeto... A lo que aspira es a declarar la nulidad de aquellos contratos de préstamo que, por las condiciones en que se han llevado a cabo implican una falta real y positiva de consentimiento, esto es, un vicio en el fondo, y además, por aquella relación delicada en que se encuentra el orden jurídico con el orden ético que obliga al primero a imponer ciertas sanciones a las infracciones del segundo» (*cit.* ORDÁS ALONSO, Marta (2004): *El Interés de Demora*, p. 78).

interessos de demora abusius hagin estat expulsats del contracte per la via de la nul·litat, i entenent que el contracte pot subsistir (article 83 TRLCU), precisament seran els interessos *legals* els que ocuparan el buit³², per aplicació de l'article 1.108 CCE: «Si l'obligació consistís en el pagament d'una quantitat de diners, i el deutor incorrés en mora, la indemnització de danys i perjudicis, no havent pacte en contrari, consistirà en el pagament dels interessos convinguts, i a falta de conveni, en l'interès legal». Així, l'interès de demora que hauran de pagar els Srs. Coarasa-Eguidazu, davant d'un possible impagament de les quotes del préstec per part seva, es trobarà fixat en el tres per cent.

La clàusula sisena bis d), en la que s'estableix la possibilitat de resoldre el segon préstec hipotecari per «**falta de pagament d'una quota** d'interessos o amortització o de la prima de l'assegurança, una vegada transcorreguts trenta dies des del seu venciment respectiu, sol·licitant expressament les parts constància d'aquest pacte en els llibres del Registre», ha de ser declarada nul·la. El motiu es troba en l'article **693 LEC**, intitulat *Reclamació limitada a part del capital o dels interessos el pagament dels quals hagi de fer-se en terminis diferents. Venciment anticipat de deutes a terminis*. La Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per a reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social, és la responsable de la seva redacció actual.

El primer apartat de l'indicat precepte és de lectura fonamental: «El disposat en aquest Capítol serà aplicable al cas en què deixi de pagar-se una part del capital del crèdit o els interessos, el pagament del qual s'hagi de fer en terminis, si vengessin almenys tres terminis mensuals sense complir el deutor la seva obligació de pagament o un nombre de quotes tal que suposi que el deutor ha incomplert la seva obligació per un termini almenys equivalent a tres mesos (...)». Del text anterior es pot apreciar com la regla per a determinar la reclamació al deutor de les quantitats degudes, rau en *tres mesos* d'incompliment de les obligacions per part d'aquest. En el moment de la signatura del contracte de préstec, la referida normativa no havia entrat en vigor, però hem d'entendre que els postulats aquí exposats han de ser admesos.

1.7. Dació en pagament de l'habitatge

La dació en pagament és el lliurament d'un actiu a canvi de saldar un deute pendent de pagament. Aquest concepte ha tingut un ampli reconeixement en els últims anys, a partir de les reformes legislatives recents, fruit de les protestes socials articulades per la Plataforma d'Afectats per la Hipoteca, entre altres organitzacions. La dació en pagament és una alternativa a l'execució hipotecària, evitant així la venda forçosa de l'immoble en subhasta pública, que suposava el perill pels deutors hipotecaris de perdre l'habitatge i a la vegada haver de continuar pagant el deute restant, pel diferencial entre el valor de l'immoble en el moment de la compra i el preu obtingut a la venda. Així, mitjançant aquesta figura jurídica, el banc pot donar per extingit el deute hipotecari a canvi de la titularitat de l'immoble al seu favor, amb l'acte simbòlic de lliurament de les claus, alliberant així a l'hipotecat de la responsabilitat il·limitada (article 1.911 CCE) que havia contret per la compra del citat habitatge. El Reial Decret-Llei 6/2012, de 9 de març, de mesures urgents per a la protecció de deutors hipotecaris sense recursos, ha estat clau per a difondre la dació en pagament. Amb anterioritat, la Llei Hipotecària preveia aquesta possibilitat, però amb caire voluntari, de manera que els bancs optaven per a no adherir-s'hi.

Distingim diversos **requisits**, que haurà de complir el matrimoni Coarasa-Eguidazu per a poder-la assolir:

³² ORDÁS ALONSO, Marta (2004): *El Interés de Demora*, pp. 11-19.

- 1) Que la hipoteca recaigui sobre un immoble el preu de compra-venda del qual no excedeixi d'uns determinats valors, en funció de la població dels municipis (dades del padró). En el cas de Sabadell, que actualment té 208.246 habitants³³, entraria en acció el barem establert per a ciutats entre 100 mil i 500 mil habitants, que implica un preu de 150.000 euros (25 milions de les antigues pessetes). Per la informació disponible, l'immoble del carrer *del Percebe* s'ha pagat amb un préstec de 320.000 euros, de manera que els Srs. Coarasa-Eguidazu no es podrien acollir a la dació en pagament de l'habitatge. Amb la reforma de la llei, en vigor a partir del 1 de març del 2013, es tenen en compte els índexs provincials de preus de l'habitatge que publica el Ministeri de Foment, amb un límit absolut de 250.000 euros, i tampoc resultaria possible.
- 2) Que la persona es trobi a dins del llindar d'exclusió (article 3), havent d'acomplir sis requisits més, entre els quals hi ha : (1) que el préstec hipotecari recaigui sobre l'habitatge habitual, (2) que tots els membres de la unitat familiar no disposin de rendes del treball o per activitats econòmiques, (3) que la quota mensual del préstec sigui superior al 60% dels ingressos nets de la unitat familiar, (4) que el conjunt de membres de la unitat familiar no tinguí altres béns o drets patrimonials suficients amb els quals fer front al deute, (5) que l'habitatge habitual sigui l'únic que és propietari el deutor i no hi haguessin altres garanties reals sobre aquest, i (6) en cas d'existir cotitulars que no formin part de la unitat familiar, que aquests compleixin els tres primers requisits.
- 3) Finalment, encara que els aspectes precedents siguin del tot reals, el banc pot oferir una novació hipotecària abans de procedir a la dació en pagament, que es podria arribar a posposar fins a cinc anys després, mitjançant un seguit de modificacions hipotecàries que facilitin la sostenibilitat del crèdit.

A nivell d'**implicacions fiscals** de la dació en pagament, han estat nombroses les modificacions que s'han produït en els últims anys, i que tot seguit es detallaran, en benefici dels deutors hipotecaris. S'ha de tenir present que els dos impostos que incideixen en la fiscalitat de les dacions en pagament han estat, principalment, l'Impost de la Renda de les Persones Físiques (IRPF) i l'Impost de Transmissions Patrimonials i Actes Jurídics Documentats (ITP-AJD). En primer lloc, el Capítol III del Reial Decret-Llei 6/2012, de 9 de març, de mesures urgents de protecció de deutors hipotecaris sense recursos, intitulat *Mesures fiscals* (arts. 8 a 11), articula una *bateria* de modificacions legislatives de grans interès:

- 1) Les escriptures de formalització de les novacions contractuals de préstecs i crèdits hipotecaris, queden exemptes de la *quota gradual* de l'ITP-AJD;
- 2) Recau en les entitats bancàries la condició de subjecte passiu substituït del contribuent, a efectes d'acomplir les obligacions tributàries que ha definit la Llei Reguladora de les Hisendes Locals, sense que aquestes puguin exigir als deutors hipotecaris l'import que han satisfet.
- 3) De forma crucial pels deutors hipotecaris, s'afegeix una disposició addicional 36^a a la Llei de l'IRPF, que els deixa exempts del citat impost quan recaigués sobre els guanys patrimonials derivats amb ocasió de la dació en pagament de l'habitatge.
- 4) Finalment, es bonifiquen en un 50% els drets aranzelaris notariais i registrals derivats de la cancel·lació del dret real d'hipoteca, sempre i quan aquestes persones es trobin a dins del *llindar d'exclusió*. El precepte afegeix que «el deutor no suportarà cap cost addicional de l'entitat financera que adquireix lliure de càrrega hipotecària, al titularitat del bé abans hipotecat».

En segon lloc, el Reial Decret-Llei 1/2015, de 27 de febrer, de mecanisme de segona oportunitat, reducció de càrrega financera i altres mesures d'ordre social, novament modificà mitjançant el seu article 4 la Llei de l'IRPF, comportant la introducció de la Disposició Addicional 43^a, que permet

³³ INSTITUT D'ESTADÍSTICA DE CATALUNYA (IDESCAT) (2016): *Informació municipal de Sabadell*. En línia (última consulta, 5/12/2017): <https://www.idescat.cat/emex/?id=081878>

l'exempció «de rendes obtingudes pel deutor en procediments concursals», com a conseqüència de quitances i dacions en pagament de deutes, si estan aprovades per un conveni aprovat judicialment, de conformitat amb el procediment de la Llei 22/2003, de 9 de juliol, Concursal, i en altres situacions que la normativa precisa, sempre i quan els deutes «no derivin de l'exercici d'activitats econòmiques».

2. TORN D'OFICI

La Constitució proclama a l'article 24.2 el **dret a la defensa i a l'assistència lletrada**, com un Dret Fonamental subjecte a la màxima protecció. A l'article 119 de la *norma normarum*, s'indica que «la justícia serà gratuïta quan la Llei ho disposi, i, en qualsevol cas, per a aquells que acreditin insuficiència de recursos per a litigar». A nivell de Dret Internacional Públic, la Declaració Universal dels Drets Humans és la referència programàtica superior, expressant que «Tots són iguals davant la llei i tenen dret, sense cap distinció, a igual protecció per la llei» (article 7).

En matèria de torn d'ofici i justícia gratuïta, la regulació estatal bàsica es troba en la **Llei 1/1996, de 10 de gener, d'Assistència Jurídica Gratuïta (LAJG)**, que derogà a nombrosos preceptes de la Llei d'Enjudiciament Criminal (articles 123 a 140). Posteriorment, s'aprovà el seu Reglament, el Reial Decret 996/2003, de 25 de juliol, que ha estat modificat pel Reial Decret 1455/2005, de 2 de desembre. Catalunya fou la primera comunitat autònoma a publicar una regulació pròpia després de la citada normativa, essent destacat el Decret 252/1996, de 5 de juliol, de creació de les comissions d'assistència jurídica gratuïta, de regulació del procediment per al reconeixement del dret d'assistència jurídica gratuïta i de la subvenció per a les actuacions professionals dels advocats i procuradors. Els Col·legis d'Advocats faciliten nombrosos impresos i formularis, tant en format físic i com en els seus llocs *web*, per a proporcionar al ciutadà un accés àgil a aquest dret.

Per a determinar la possibilitat d'una persona física d'acollir-se el dret a l'assistència jurídica gratuïta, existeix un llindar econòmic, que amb caràcter general, és d'ingressos de la unitat familiar en el moment de la sol·licitud que **no superin un determinat múltiple de l'IPREM** (Indicador Públic de Renda d'Efectes Múltiples), regulat en el Reial Decret-Llei 3/2004, de 25 de juny, i actualitzat amb periodicitat anual. Per l'any 2017, l'IPREM ascendí a 16.135,07 euros anuals, per a unitats familiars de dos o tres membres com en el cas objecte d'estudi (en altres paraules, la multiplicació per 2,5 vegades d'un IPREM estàndard de dotze pagues *per annum*). L'observança de la present taula és aclaridora al respecte³⁴:

Reforma aprovada		Membres unitat familiar			CIRCUMSTÀNCIES EXCEPCIONALS ART. 5
		UN	DOS	TRES	QUATRE O MÉS
IPREM de 12 pagues		x 2	x 2'5	x 3	x 5
MENSUAL	SI NÒMINA = 14	922,00 €	1.152,50 €	1.383,00 €	2.305,01 €
	SI NÒMINA = 12	1.075,67 €	1.344,59 €	1.613,50 €	2.689,18 €
DIÀRIA	SI NÒMINA = 14	30,73 €	38,41 €	46,10 €	76,83 €
	SI NÒMINA = 12	35,85 €	44,82 €	53,78 €	89,64 €
		12 x2	12 x2,5	12x3	12x5
import anual		12.908,06 €	16.135,07 €	19.362,09 €	32.270,15 €

³⁴ Il·lustre Col·legi d'Advocats de Girona (2017): *Document de Petició del reconeixement del dret a l'assistència jurídica gratuïta*. En línia:
http://www.icag.cat/sites/default/files/adjunts/R-AJG-01-02%3Bed%206_Documentacio_obligatoria_peticio_AJG.pdf

La Llei 1/1996 preveia inicialment que el límit d'ingressos es calcularia en base al Salari Mínim Interprofessional (SMI), però tal mesura només va ser vigent fins al juliol de l'any 2004, quan l'IPREM es convertí en l'indicador de referència, ja que té en compte la previsió o objectiu d'inflació dels Pressupostos Generals de l'Estat. Amb aquesta modificació, el SMI ha quedat com una mesura estrictament laboral, utilitzant-se per a determinar la retribució salarial mínima, les garanties socials, les aportacions al Fons de Garantia Salarial, les bases mínimes de cotització i els requisits d'accés i manteniment de la protecció per desocupació³⁵.

A nivell d'unitat familiar, aquest concepte ha estat qüestionat nombroses vegades, i s'ha reclamat que s'incloguin a totes les persones que conviuen en el domicili familiar, amb inclusió de les unions de fet anàlogues a la conjugal³⁶ i distingint amb més claredat si hi ha càrregues familiars majors (per exemple, menors d'edat, persones discapacitades o problemes de salut. *Vid.* art. 5 LAJG). En el present cas, la unitat familiar està composta pel matrimoni Coarasa-Eguidazu, sense incloure al fill, ja que en aquests moments es troba emancipat (i és independent econòmicament). No és procedent el còmput dels ingressos d'ambdós cònjuges per separat, ja que no es tracta d'un litigi d'interessos contraposats entre ells.

Així, els ingressos del matrimoni no superen el nivell de 2,5 vegades a l'anteriorment citat IPREM. És procedent que gaudeixin del dret a l'assistència jurídica gratuïta, per aplicació de l'article 3.1 LAJG i tenint present al nou indicador de referència de renda. L'article **4 LAJG (exclusió per motius econòmics)** duia a terme, antigament, una precisió interessant en relació a l'habitatge: «La circumstància que la persona sol·licitant sigui la propietària de l'habitatge en què resideixi habitualment no constitueix per ella mateixa cap obstacle per al reconeixement del dret, sempre que no sigui *sumptuari*». En aquest sentit, sabem que el matrimoni és propietari d'un immoble valorat en 180.000 euros (Font: Direcció General del Cadastre), i podem entendre que aquest no tindria la consideració sumptuària.

Però, el 24 de febrer del 2013 va entrar en vigor una modificació de l'articulat de l'article 4 LAJG, que actualment indica: «per a valorar l'existència de patrimoni suficient es tindrà en compte la titularitat de béns immobles sempre que no constitueixin l'habitatge habitual del sol·licitant, així com els rendiments del capital mobiliari». Amb la desaparició de la condició d'habitatge *sumptuari* i només considerant l'habitatge *habitual*, tot el procediment resulta més fàcil. Tot i això, si el matrimoni Coarasa-Eguidazu presentés *signes externs* que revelen una alta capacitat econòmica, se'ls podrà denegar el dret a l'assistència jurídica gratuïta, per part del Col·legi d'Advocats o la Comissió de Justícia Gratuïta.

És important de comprendre de forma adequada el procediment de sol·licitud i reconeixement del dret a l'assistència jurídica gratuïta. Aquest s'inicia amb l'ompliment del model normalitzat corresponent, que el Reglament d'AJG ha previst que existeixi en el Servei d'Orientació Jurídica (SOJ) dels Col·legis d'Advocats, les dependències judicials i les seus de les Comissions d'AJG. Aquest formulari ha d'anar signat pel sol·licitant, i ha d'adjuntar documentació diversa, relativa a la seva situació econòmica i de la dels integrants de la unitat familiar, circumstàncies personals i familiars, pretensió que es cerca d'exercir i identificació, si escau, de la part contrària³⁷.

³⁵ NIETO GUZMÁN DE LÁZARO, Luis F. (2008): *Turno de Oficio y Justicia Gratuita*. Las Rozas (Madrid), La Ley – Wolters Kluwer, p. 74.

³⁶ Les parelles de fet, entenen com a tals les persones que mantinguin una convivència continuada en anàloga relació a la marital de més de dos anys, o bé estiguin inscrits en el registre de parelles de fet o bé tinguin fills en comú, amb independència del temps de convivència.

³⁷ Entre aquests documents sol·licitats, podem trobar el certificat d'empadronament i convivència, el llibre de família, la documentació judicial que acrediti la condició de víctima, la fotocòpia de l'escriptura de propietat, l'última declaració de renda presentada, el justificant de la situació laboral, l'informe de vida laboral expedit per la TGSS, el certificat de

Una vegada completat el formulari, s'entén que aquest ha estat remès a l'Il·lustre Col·legi d'Advocats corresponent, que en el present cas és el de Barcelona (ICAB), ja que és el lloc a on es troba el Jutjat Mercantil que ha de conèixer del procés principal (article 12.2 LAJG). Si s'hagués presentat tal documentació en el Deganat dels Jutjats del domicili del sol·licitant (Sabadell), aquest l'hagués transferit al citat **Col·legi d'Advocats ICAB** (article 10 del Decret 252/1996, de 5 de juliol). En cas que la petició hagués presentat deficiències, l'ICAB hagués requerit als Srs. Coarasa-Eguidazu perquè ho subsanessin en el termini de deu dies hàbils, i en cas que no ho haguessin fet, la sol·licitud hagués estat arxivada, notificant-se a la Comissió d'AJG pertinent (article 14 LAJG, en relació als articles 10 i 22.3 del Reglament d'AJG). La sol·licitud de reconeixement del dret a l'assistència jurídica gratuïta no suspèn per si sola el curs del procediment, tot i que la suspensió pot decretar-se pel Jutge o Tribunal, si entén que el transcurs dels terminis pot provocar la preclusió d'un tràmit o la indefensió de qualsevol de les parts (article 16.1 LAJG).

Posteriorment, un cop s'hagi analitzat i completat l'expedient, si s'estima acreditat que el sol·licitant compleix els requisits exigits pel reconeixement del dret, es designarà *provisionalment* a un advocat. En el supòsit de ser preceptiva la intervenció de procurador, es faran les comunicacions pertinents al Col·legi de Procuradors perquè procedeixi a designar-ne un. En aquest cas, l'ICAB ha estimat que els peticionaris no compleixen les condicions³⁸ i ho ha notificat als sol·licitants, però això no vol dir que el procediment finalitzi aquí: es traslladarà la sol·licitud a la **Comissió d'Assistència Jurídica Gratuïta (CAJG)**, que és un òrgan de composició mixta especialitzat, amb representació de la Fiscalia, dels Col·legis d'Advocats i Procuradors, i de les Administracions Públiques, que en el nivell provincial disposa d'un total de cinc membres (seria l'aplicable al present cas. *Vid.* article 3 del Decret 252/1996, de 5 de juliol). Si el Col·legi d'Advocats no hagués resolt en el termini de 15 dies, els sol·licitants podrien reiterar la seva petició davant de la CAJG, que de mode immediat requeriria que se li traslladés l'expedient, i designaria provisionalment als professionals d'ofici sense cap més tràmit (article 15 LAJG).

Un cop emesa la resolució provisional (tan si és positiva com negativa), l'expedient i designacions provisionals, si escau, seran traslladats a la CAJG, que emetrà una resolució *definitiva* en el termini màxim de trenta dies des de la seva recepció, confirmant o revocant el pronunciament del Col·legi d'Advocats. És aquest òrgan el que decidirà la procedència dels serveis jurídics gratuïts, que l'*advocat protagonista* del cas pot oferir al matrimoni Coarasa-Eguidazu, d'acord amb la LAJG. La CAJG podrà dur a terme les comprovacions que estimi necessàries, especialment en matèria tributària, i escoltant a la part contrària, quan aquesta pugui aportar dades.

Si transcorregut aquest termini la CAJG no ha resolt expressament la sol·licitud, queden ratificades les decisions adoptades prèviament pel Col·legi d'Advocats i el Col·legi de Procuradors, sens perjudici de l'obligació de resoldre a la qual obliga el Dret Administratiu. La resolució s'ha de notificar en el termini comú de tres dies al sol·licitant, al Col·legi d'Advocats i, si escau, al Col·legi de Procuradors, així com a les parts interessades i al Jutjat o Tribunal que conegui del procés, o al Jutge Degà de la localitat si aquest encara no s'ha iniciat. En cas que amb anterioritat el Col·legi d'Advocats no hagi emès cap pronunciament (no és el cas), s'entén que el silenci de la CAJG és positiu, i el Jutge que conegui del procés o el Jutge Degà (si aquest encara no ha començat), requeriran als Col·legis corresponents perquè designin advocat i/o procurador (article 17 LAJG).

béns expedit per l'ajuntament de residència, el certificat de béns immobles expedit per la Direcció General del Cadastre, els extractes de tots els comptes bancaris i la fotocòpia de les escriptures de titularitat de finques. En la majoria de casos, s'aportaran els documents relatius a cadascun dels membres de la unitat familiar, i no només del sol·licitant d'AJG.

³⁸ També se segueix aquest curs en els casos en què es considera que la pretensió principal és manifestament insostenible o sense fonament.

En cas que la CAJG no reconegués el dret a l'assistència jurídica gratuïta dels Srs. Coarasa-Eguidazu, en no apreciar que els ingressos dels demandants són inferiors a 2,5 vegades l'IPREM i que tenen la propietat de més béns immobles que l'habitatge habitual del carrer *del Percebe* de Sabadell, encara hi ha una opció més a exercir. Aquesta impugnació serà resolta pel **Jutge o Tribunal competent del procés principal**³⁹, és a dir, un Jutjat Mercantil de Barcelona, i si encara no hagués començat l'*iter* processal, ho durà a terme el Jutge Degà competent, realitzant-ho en el termini màxim de cinc dies des de la notificació de la resolució denegatòria. No serà preceptiva la intervenció de lletrat, i hauran de comparèixer les parts i el Lletrat de la Generalitat de Catalunya vinculat a la CAJG objecte de controvèrsia en el termini de vuit dies de rebuda de l'expedient amb l'escrit d'impugnació. El Jutge dictarà interlocutòria revocant o mantenint la resolució objecte de desacord, i contra aquesta no es pot interposar ulterior recurs (article 20 LAJG), però sí recurs d'emparament al Tribunal Constitucional, en entendre que s'ha vist vulnerat el dret a la tutela judicial efectiva dels interessats (articles 41 i ss. LOTC)⁴⁰.

3. DRET PENAL

A nivell de Dret Penal, si el fill dels Srs. Coarasa-Eguidazu, de nom Javier, ven el pis que és ara de la seva propietat i ingressa els fons obtinguts d'aquesta compra-venda en un compte bancari de la seva xicota, està cometent un delictes. El tipus específic es troba regulat a l'article 257 del Codi Penal, del qual es reproduïx un fragment inicial, en la redacció conforme a la Llei Orgànica 1/2015, de 30 de març:

«**Article 257 CP.** (1) Serà castigat amb les penes de presó d'un a quatre anys i multa de dotze a vint-i-quatre mesos:

1er. El que s'alci amb els seus béns en perjudici dels seus creditors.

2on. Qui amb el mateix fi realitzi qualsevol acte de disposició patrimonial o generador d'obligacions que dilati, dificulti o impedeixi l'eficàcia d'un embargament o d'un procediment executiu o de constrenyiment, judicial, extrajudicial o administratiu, iniciat o de previsible iniciació.

(2) Amb la mateixa pena serà castigat qui realitzi actes de disposició, contragués obligacions que disminueixin el seu patrimoni o ocultin per qualsevol mitjà elements del seu patrimoni sobre els que l'execució podria fer-se efectiva, amb la finalitat d'eludir el pagament de responsabilitats civils derivades d'un delictes que hagués comès o del que hagués de respondre (...).

El **delictes d'alçament de béns** consisteix en una actuació sobre els propis béns, destinada, a través de la seva ocultació, a mostrar-se real o aparentment insolvent, de forma parcial o total, davant de tots o part dels creditors, amb la finalitat directa de frustrar els crèdits que haguessin pogut satisfer-se sobre tals béns. No requereix la producció d'una insolvència total i real, ja que el perjudici als creditors pertany a la fase d'esgotament del delictes, i no a la fase d'execució (STS 1347/2003, de 15 d'octubre, Sala 2ª, Rec. 1566/2002).

Des d'una òptica doctrinal, el delictes d'alçament de béns és la tipificació d'una *conducta antisocial amb transcendència econòmica*. Es tracta d'un *delictes especial propi*, ja que la característica principal que defineix al subjecte actiu és la d'ésser titular dels drets patrimonials sobre els que s'actua, de forma directa o indirecta, per a aconseguir l'estat d'insolvència fraudulent pretès. Aquest tipus penal entra a dins de la categoria dels delictes *de mera activitat*, esgotant-se amb la conducta d'alçar-se amb els béns, no sent necessari que es produeixi un resultat o efecte exterior separable

³⁹ I no el Jutjat o Tribunal de la Jurisdicció Contenciosa-Administrativa, entenent que aquesta situació és un incident en el marc del procés principal, pel qual l'interessat sol·licita l'assistència jurídica gratuïta.

⁴⁰ NIETO GUZMÁN DE LÁZARO, Luis F. (2008): *Turno de Oficio...*, p. 87.

espai-temporalment d'aquella. A més, aquest delictes es pot incloure a dins la tipologia dels *delictes de tendència interna intensificada*, perquè s'ha d'atribuir un cert sentit subjectiu a l'actuació del subjecte actiu. S'ha de tenir en compte que es tracta d'un *delicte d'estat*, ja que aquesta situació antijurídica es perllonga al llarg del temps, amb una repercussió evident sobre els patrimonis de diversos subjectes. Finalment, aquest tipus penal és un *delicte de perill abstracte*, en afectar al vessant institucional dels drets patrimonials⁴¹.

En aquest cas, si bé el Sr. Javier Coarasa-Eguidazu no és un deutor literal de l'obligació que han contret els seus pares amb l'entitat bancària (en aquest cas, el segon deute, originat pels forts desequilibris del tipus de canvi euro-ien), i ocupa la posició de fiador, sí que es pot considerar que la seva conducta està orientada a evitar l'embargament del producte de la venda del pis i és constitutiva d'un delicte d'alçament de béns, perjudicant al creditor dels seus pares, Creditum S.A. en l'actualitat.

La doctrina⁴² i la jurisprudència (STS 51/2017, de 3 de febrer, Sala 2ª, Rec. 761/2016) han sistematitzat els **quatre requisits bàsics** del delicte d'alçament de béns:

- a) Existència d'un deute anterior, a comptar des del naixement de l'obligació. En aquest sentit, no cal que el crèdit sigui vençut, líquid i exigible.
- b) Activitat del deutor consistent en qualsevol forma de destrucció o ocultació dels seus actius, ja sigui real o fictícia.
- c) Situació d'insolvència o disminució del patrimoni com a conseqüència de l'ocultació.
- d) Intenció o ànim específic de perjudicar als creditors, de defraudar les seves expectatives legítimes de cobrar els seus crèdits.

Amb els corresponents matisos, ressaltats anteriorment, s'aprecia el delicte en qüestió. No es cometrà el tipus penal si s'acredita l'existència d'altres béns amb els que el deutor acusat pot afrontar els seus deutes (STS 129/2003, de 31 de gener, Sala 2ª, Rec. 2284/2001), però el fill del matrimoni no gaudeix de cap més element patrimonial que l'habitatge que pretén alienar. Evidentment, la possibilitat que es produeixi tal delicte ha d'estar subjecte a la qualificació jurídica que tingui el segon préstec subscrit amb l'entitat bancària, ja que si aquest és declarat nul, aleshores l'embargament no té raó d'existir, i tampoc l'ocultació dels guanys obtinguts en la compra-venda (i el delicte d'alçament de béns, és clar).

La **figura del fiador**, com a possible subjecte actiu de l'esmentat tipus penal, ha estat una qüestió notablement discutida per la doctrina, que durant molt de temps ha estat dividida. Entenem que es tracta d'un *delicte especial*, en el qual no és només la persona deutora aquella obligada directament al pagament, sinó també els obligats subsidiaris, ja siguin avaladors, fiadors o responsables civils subsidiaris (SAP Sta. Cruz Tenerife 124/2017, de 2 d'abril, Sec. 6ª, Rec. 914/2016, en què el fiador va renunciar amb anterioritat al benefici d'excussió, entre altres possibles, col·locant-se a la mateixa posició que el deutor). Tot i això, en cas que aquesta posició no fos acceptada i només se circumscriu l'autoria a la condició de deutor, es pot argumentar que el Sr. Javier Coarasa-Eguidazu seria un autor *mediat*, ja que els seus pares (els deutors) se serviren d'ell com a subjecte no qualificat o *extraneus*, és a dir, com a instrument per a realitzar el tipus penal, alienant un patrimoni que té una repercussió familiar extraordinària.

Resulta d'interès tractar el paper que ocuparia la xicota del Sr. Javier Coarasa-Eguidazu, ja que ella seria l'encarregada de proveir un *bé escàs*, una *conditio sine qua non*, és a dir, facilitar el compte

⁴¹ GARCÍA SÁNCHEZ, Armando (2003): *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*. Granada, Editorial Comares, p. 364.

⁴² VIVES ANTÓN, Tomás; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (1998): *Los Delitos de Alzamiento de Bienes*. València, Tirant lo Blanc, p. 21.

bancari per a ocultar el patrimoni del fiador, i ho faria amb ple coneixement de causa i concert previ amb el deutor, col·laborant eficaçment per a frustrar els interessos legítims dels creditors (SSTS 1106/2006, de 10 de novembre, Sala 2ª, Rec. 2266/2005; i 1263/1999, de 10 de setembre, Sala 2ª, Rec. 3664/1998). Existeixen resolucions que han optat per a absoldre a l'esposa del deutor, perquè no coneixia la finalitat defraudatòria del seu cònjuge (STS 5882/1993, de 14 de setembre, Sala 2ª, Rec. 2882/1992), però en aquest cas provar-ho resultaria d'extrema dificultat. A l'altre extrem, ella podria ser condemnada directament com a coautora del mencionat tipus penal d'alçament de béns (SAP Palencia 6/2017, de 18 de maig, Sec. 1ª, Rec. 12/2016).

Per tant, molt probablement la xicota seria qualificada de *cooperadora necessària* en realitzar un acte essencial per a la realització del tipus, una activitat adjacent colateral i diferent però íntimament relacionada amb la de l'autor material (STS 1962/2002, de 21 de novembre, Sala 2ª, Rec. 829/2001), i conseqüentment procediria la seva condemna a un mateix nivell que el d'autoria, partint de l'article 28 del Codi Penal. No sembla que en cap dels casos es pugui al·legar una causa de justificació, per a combatre a una eventual antijuridicitat, ja que no es pot identificar a un *interès prevalent*, que sigui superior a la conducta d'ocultació que ha derivat en la insolvència del fiador⁴³. És important no oblidar la figura del *còmplice* (article 29 CP), ja que si bé la doctrina acadèmica i judicial s'han decantat per a qualificar de forma automàtica al *tercer participant* com a cooperador necessari, aquesta solució no és prou satisfactòria, i els òrgans judicials haurien de fer una exposició clara dels paràmetres i circumstàncies determinants del perquè de tal qualificació, per raons de seguretat jurídica bàsiques⁴⁴.

S'ha de tenir en compte que el Sr. Javier Coarasa-Eguidazu va ser condemnat penalment per a atropellar a una persona sense assegurança, amb posterioritat a la constitució de l'aval pel préstec hipotecari. La indemnització ascendeix a 63.000 euros. El Codi Civil Estatal presenta a grans trets aquesta situació en els articles 1.089 i 1.092, referint-se en el primer precepte a que «les obligacions neixen de la llei, dels contractes i quasicontractes i dels actes i omissions il·lícites o en què intervingui qualsevol gènere de culpa o negligència», i en el segon que «les obligacions civils que neixin dels delictes o faltes es regiran per les disposicions del Codi Penal». Per tant, en ocultar una part del seu patrimoni, el Sr. Javier Coarasa-Eguidazu estarà perjudicant al subjecte passiu del delictes sobre el qual ja ha recaigut sentència ferma, és a dir, la persona atropellada. Si no es disposa a pagar la responsabilitat civil, es podria produir una circumstància que incrementaria la pena del delictes d'alçament de béns, a la meitat superior del tipus penal *estàndard* de l'article 257.1 CP (*vid.* apartat 4t, en relació a l'article 250.1.5 CP, ja que la quantia de la indemnització excedeix els 50.000 euros).

Encara que en Javier no cometés el delictes d'alçament de béns, l'immoble podria estar subjecte a execució *simultània* per part de l'entitat bancària Creditum i el Jutjat Penal competent (responsable d'executar la Sentència ferma de responsabilitat civil), cadascun amb un objectiu diferenciat, i convé d'observar **l'ordre de prelació de crèdits** aplicable. En aquest cas, però, el Codi Penal no ofereix cap ajuda, només es limita a indicar a l'article 126 CP que «la reparació del dany causat i la indemnització dels perjudicis» ocuparan el primer lloc en els pagaments que efectuarà el penat o responsable civil, en una successió en la qual consten la indemnització a l'Estat, les costes de l'acusació particular, la resta de costes processals i finalment la multa, però no les obligacions creditícies garantides amb una hipoteca i una fiança.

⁴³ VIVES ANTÓN, Tomás; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (1998): *Los Delitos...*, p. 72.

⁴⁴ GARCÍA SÁNCHEZ, Armando (2003): *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*. Granada, Editorial Comares, pp. 330-331.

S'han d'evitar les confusions relacionades amb les citades garanties reals i personals. En primer lloc, el segon préstec hipotecari té com a garantia l'immoble del carrer *del Percebe* de Sabadell, propietat dels Srs. Coarasa-Eguidazu, i no l'immoble que actualment és propietat del seu fill Javier, procedent d'una herència. I en segon lloc, en Javier és fiador del seus pares, sobre el segon préstec subscrit per ells. Per tant, davant del venciment d'aquest segon préstec, el creditor primer s'ha de dirigir contra els pares, ja que segons l'article 1.830 CCE, «el fiador no pot ser compel·lit a pagar al creditor sense fer-se abans excussió de tots els béns del deutor», a no ser que el fiador hagi renunciat expressament a ella o s'hagi declarat la fallida o concurs del deutor (1.831 CCE).

No sembla que sigui el cas, si bé després de la reforma legislativa de la *segona oportunitat*, ja no és estrany de concebre el concurs d'una unitat familiar, talment com si d'una societat es tractés. Per tant, en Javier primer *quedaria exposat* a assumir la indemnització de la responsabilitat civil derivada de delictes, i després, un cop els pares no haguessin pogut fer front al pagament del préstec amb la garantia real, Creditum S.A. es dirigiria contra ell per a fer efectiu el seu dret, amb el romanent que restés (57.000 euros si el pis s'ha venut per 120.000 euros, insuficient per a pagar els 60.000 euros del segon préstec, sense comptar els eventuais interessos de demora i altres despeses). En Javier podria utilitzar el benefici d'excussió si abans el creditor no ha requerit als pares pel pagament (1.832 CCE), i així guanyaria més temps.

Si la hipoteca del segon préstec s'hagués articulat directament sobre l'immoble propietat d'en Javier, i la Sentència ferma de la responsabilitat civil hagués estat inscrita al Registre de la Propietat per a facilitar l'execució de tal habitatge, aleshores podria entrar en joc l'article 1.927 CCE, que estableix que tals crèdits «gaudiran de prelació entre si per l'ordre d'antiguitat de les respectives inscripcions o anotacions en el Registre de la Propietat». Com s'ha comentat, no és el present cas, però és interessant de contemplar-ho.

III. REFERÈNCIES

1. LEGISLACIÓ

Reial Decret de 24 de juliol de 1889, pel que es publica el Codi Civil. BOE núm. 206, de 25 de juliol.

Llei Repressiva de la Usura, de 23 de juliol de 1908. BOE núm. 206, de 24 de juliol.

Decret de 2 de juny de 1944, pel que s'aprova amb caràcter definitiu el Reglament de la organització i règim del Notariat. BOE núm. 89, de 7 de juliol.

Decret de 8 de febrer de 1946, pel que s'aprova la nova redacció oficial de la Llei Hipotecària. BOE núm. 58, de 27 de febrer.

Decret de 14 de febrer de 1947, pel que s'aprova el Reglament Hipotecari. BOE núm. 106, de 16 d'abril.

Resolució 217 A (III), de 10 de desembre de 1948, de l'Assemblea General de les Nacions Unides. Declaració Universal dels Drets Humans.

Llei 24/1984, de 29 de juny, sobre modificació del tipus d'interès legal del diner. BOE núm. 158, de 3 de juliol.

Llei 28/1984, de 19 de juliol, General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris i altres lleis complementàries. BOE núm. 176, de 24 de juliol (actualment derogada).

Llei Orgànica 6/1985, de 1 de juliol, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 2 de juliol.

Llei 24/1988, de 28 de juliol, del Mercat de Valors. BOE núm. 181, de 29 de juliol (actualment derogada).

Llei 26/1988, de 29 de juliol, de Disciplina i Intervenció de les Entitats de Crèdit. BOE núm. 182, de 30 de juliol (actualment derogada).

Reial Decret Legislatiu 1/1993, de 24 de setembre, de la Llei de l'Impost sobre Transmissions Patrimonials i Actes Jurídics Documentats. BOE núm. 251, de 21 d'octubre.

Directiva 93/13/CEE, del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre clàusules no negociades en contractes celebrats amb consumidors. DOUE núm. 95, de 21 d'abril.

Ordre de 5 de maig de 1994, del Ministeri de la Presidència, sobre transparència de les condicions financeres dels préstecs hipotecaris. BOE núm. 112, de 11 de maig (actualment derogada).

Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal. BOE núm. 281, de 24 de novembre.

Llei 1/1996, de 10 de gener, d'Assistència Jurídica Gratuïta (LAJG). BOE núm. 11, de 12 de gener.

Decret 252/1996, de 5 de juliol, de creació de les comissions d'assistència jurídica gratuïta, de regulació del procediment per al reconeixement del dret d'assistència jurídica gratuïta i de la subvenció per a les actuacions professionals dels advocats i procuradors. DOGC núm. 2228, de 10 de juliol.

Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació. BOE núm. 89, de 14 d'abril.

Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil. BOE núm. 7, de 8 de gener.

Reial Decret 996/2003, de 25 de juliol, pel que s'aprova el Reglament d'assistència jurídica gratuïta. BOE núm. 188, de 7 d'agost.

Directiva 2004/39/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 21 d'abril del 2004, relativa als mercats d'instruments financers [*Markets in Financial Instruments Directive* (MiFID)]. DOUE núm. 145, de 30 d'abril.

Reial Decret Legislatiu 2/2004, de 5 de març, Text Refós de la Llei Reguladora de les Hisendes Locals. BOE núm. 59, de 10 de març.

Llei 35/2006, de 28 de novembre, d'Impost de la Renda de les Persones Físiques. BOE núm. 285, de 29 de novembre.

Reial Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel que s'aprova el text refós de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris i altres lleis complementàries. BOE núm. 287, de 30 de novembre.

Directiva 2008/48/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'abril, relativa als contractes de crèdit al consum. DOUE núm. 133, de 22 de maig.

Ordre Ministerial EHA/2899/2011, de 28 d'octubre, de transparència i protecció del client de serveis bancaris. BOE núm. 261, de 29 d'octubre.

Reial Decret-Llei 6/2012, de 9 de març, de mesures urgents de protecció de deutors hipotecaris sense recursos. BOE núm. 60, de 10 de març.

Resolució de 10 d'abril del 2012, de la Secretaria d'Estat d'Economia i Suport a l'Empresa, per la que es publiquen les entitats que han comunicat la seva adhesió voluntària al Codi de Bones Pràctiques per a la reestructuració viable dels deutes amb garantia hipotecària sobre l'habitatge habitual. BOE núm. 88, de 12 d'abril.

Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per a reforçar la protecció dels deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social. BOE núm. 116, de 15 de maig.

Directiva 2014/17/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de febrer, sobre contractes de crèdit celebrats amb els consumidors per a béns immobles d'ús residencial. DOUE núm. 60, de 28 de febrer.

Llei 3/2014, de 27 de març, per la que es modifica el text refós de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris i altres lleis complementàries, aprovat pel Reial Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre. BOE núm. 76, de 28 de març.

Reial Decret-Llei 1/2015, de 27 de febrer, de mecanisme de segona oportunitat, reducció de càrrega financera i altres mesures d'ordre social. BOE núm. 51, de 28 de febrer.

Llei Orgànica 7/2015, de 21 de juliol, per la que es modifica la Llei Orgànica 6/1985, de 1 de juliol, del Poder Judicial. BOE núm. 174, de 22 de juliol.

Reial Decret Legislatiu 4/2015, de 23 d'octubre, Llei del Mercat de Valors. BOE núm. 255, de 24 d'octubre.

Llei 3/2017, de 27 de juny, de Pressupostos Generals de l'Estat per l'any 2017. BOE núm. 153, de 28 de juny.

2. BIBLIOGRAFIA

- ANDERSON, Miriam (1999): *La cesión de créditos hipotecarios. Requisitos para la transmisión-adquisición*. Barcelona, Cedecs Editorial.
- BANC CENTRAL EUROPEU (2017): *Euro reference exchange rate: Japanese yen (JPY)*. En línea (última consulta, 5/12/2017): https://www.ecb.europa.eu/stats/policy_and_exchange_rates/euro_reference_exchange_rates/html/eurofxref-graph-jpy.en.html
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2012): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo VI: Derechos Reales*. Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi.
- EURIBOR RATES (2017): *What is Euribor?*. En línea (última consulta, 5/12/2017): <http://www.euribor-rates.eu/what-is-euribor.asp>
- EURIBOR RATES (2017): *Current Euribor rates*. En línea (última consulta, 5/12/2017): <http://www.euribor-rates.eu/current-euribor-rates.asp>
- GARCÍA SÁNCHEZ, Armando (2003): *La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes*. Granada, Editorial Comares.
- GLOBAL RATES (2017): *Current Libor rates*. En línea (última consulta, 5/12/2017): <http://www.global-rates.com/interest-rates/libor/libor.aspx>
- GOMÁ SALCEDO, José Enrique (2005): *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral. Tomo II: Obligaciones y contratos*. Barcelona, Editorial Bosch.
- IL·LUSTRE COL·LEGI D'ADVOCATS DE GIRONA (2017): *Document de Petició del reconeixement del dret a l'assistència jurídica gratuïta*. En línea (última consulta, 5/12/2017): http://www.icag.cat/sites/default/files/adjunts/R-AJG-01-02%3Bed%206_Documentacio_obligatoria_peticio_AJG.pdf
- INSTITUT D'ESTADÍSTICA DE CATALUNYA (IDESCAT) (2016): *Informació municipal de Sabadell*. En línea (última consulta, 5/12/2017): <https://www.idescat.cat/emex/?id=081878>
- INTERCONTINENTAL EXCHANGE, Inc. (2017): *Calculating ICE Libor*. En línea (última consulta, 5/12/2017): <https://www.theice.com/iba/libor>
- NIETO GUZMÁN DE LÁZARO, Luis F. (2008): *Turno de Oficio y Justicia Gratuita*. Las Rozas (Madrid), La Ley – Wolters Kluwer.
- ORDÁS ALONSO, Marta (2004): *El Interés de Demora*. Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi.
- VIDAL PÉREZ, Mª Fernanda (2007): *El litisconsorcio en el proceso civil*. Las Rozas (Madrid), La Ley – Wolters Kluwer.
- VIVES ANTÓN, Tomás; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (1998): *Los Delitos de Alzamiento de Bienes*. València, Tirant lo Blanc.